

VINÍCIUS RODRIGUES CAVALCANTE

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ACESSO À JUSTIÇA: MEIOS
ALTERNATIVOS PARA DESJUDICIALIZAÇÃO EM MATERIA
PENAL**

**São Cristóvão/SE,
Janeiro/2017**



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ACESSO À JUSTIÇA: MEIOS
ALTERNATIVOS PARA DESJUDICIALIZAÇÃO EM MATERIA
PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito como exigência parcial à obtenção do título de Mestre.

**Área de Concentração: Constitucionalização
dos Direitos Fundamentais**

**Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto
Menezes**

**São Cristóvão/SE,
Janeiro/2017**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ACESSO À JUSTIÇA: MEIOS
ALTERNATIVOS PARA DESJUDICIALIZAÇÃO EM MATERIA PENAL**

VINÍCIUS RODRIGUES CAVALCANTE

Dissertação julgada adequada para obtenção do
título de Mestre em Direito, defendida e
aprovada por unanimidade em ____/____/____
pela Banca Examinadora.

Orientador:

Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes
Universidade Federal de Sergipe

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes
Universidade Federal de Sergipe
Orientador

Prof^a. Dr^a. Daniela Carvalho Almeida da Costa
Universidade Federal de Sergipe
Examinador Interno

Prof. Dr. Eduardo Lima de Matos
Universidade Federal de Sergipe
Examinador Externo

Dedico este trabalho aos meus pais César e Marlene, pelo apoio incondicional ao longo de toda a minha existência.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, presença constante em minha vida, que com certeza preparou os caminhos percorridos, prevenindo perigos.

Nesse momento, agradeço a todas as pessoas que me acompanharam nesta trajetória, que demandou um grande esforço, mas que, ao final, se revela tão prazerosa. A elas rendo esta homenagem, expressando profunda gratidão.

À minha mãe, pelos exemplos de coragem e perseverança, que me ajudaram a não desistir do meu sonho ora realizado e pelo apoio infalível em todos os momentos de minha vida.

Ao meu pai, homem dedicado à família, que sempre se privou do seu bem-estar para saciar as necessidades dos seus. Tenho o senhor como referência de caráter e simplicidade.

Ao meu orientador, Professor Doutor Carlos Alberto Menezes, por ter acreditado no meu projeto e me guiado seguramente nesta empreitada. Sua dedicação a este trabalho e a tudo o que faz o torna uma pessoa especial.

Aos meus irmãos César Júnior e Daniel, pelo incondicional apoio à minha vida acadêmica e pelo companheirismo.

Aos meus inúmeros amigos, aos quais deixo de nomeá-los para não cometer alguma injustiça por esquecimento, que sempre estiveram presentes nos momentos mais difíceis e mais divertidos da minha vida.

A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá pra casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça. (Howard Zehr, 2008).

Resumo: O objetivo deste estudo é analisar o atual cenário da Justiça Penal brasileira, abarrotada de processos das mais variadas espécies, o que gera uma grande insatisfação na população, em razão da demora na prestação jurisdicional. Diante desse panorama de crise do Poder Judiciário, é feita uma abordagem acerca dos princípios da intervenção mínima e da insignificância, que são verdadeiras ferramentas para retirar da esfera penal determinadas condutas através de soluções oriundas de processos extrajudiciais de pacificação social. Esses instrumentos são expressão da garantia constitucional do acesso à justiça à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Para se obter essa resposta, utiliza-se da moderna hermenêutica constitucional como forma de viabilizar o verdadeiro acesso à justiça através de mecanismos de solução de conflitos distantes do Poder Judiciário, a exemplo da conciliação, mediação, arbitragem e, na esfera do Direito Penal, a Justiça Restaurativa. A desjudicialização vai de encontro à cultura do litígio e da universalização da tutela jurisdicional disseminadas na sociedade brasileira, porém encontra guarida na hermenêutica constitucional vanguardista. Propõe-se uma mudança de cultura no ensino jurídico a fim de desestimular a cultura do litígio e da judicialização para se valorar a cultura de paz e a implementação de meios alternativos de solução de conflitos.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Acesso à justiça. Desjudicialização. Justiça Restaurativa.

Abstract: The objective of this study is to analyze the current scenario of the Brazilian Criminal Justice, crowded with processes of the most varied species, which generates a great dissatisfaction in the population, due to the delay in the jurisdictional rendering. Given this panorama of crisis of the Judiciary, an approach is taken on the principles of minimum intervention and insignificance, which are real tools to remove certain conduct from the criminal sphere through solutions from extrajudicial processes of social pacification. These instruments are an expression of the constitutional guarantee of access to justice in the light of the constitutional principle of the dignity of the human person. In order to obtain this answer, modern constitutional hermeneutics is used as a way to enable real access to justice through mechanisms for resolving conflicts that are far from the Judiciary, such as conciliation, mediation, arbitration and, in the sphere of criminal law, The Restorative Justice. Disjudicialization goes against the culture of litigation and the universalization of judicial protection disseminated in Brazilian society, but it finds shelter in the avant-garde constitutional hermeneutics. It is proposed to change culture in legal education in order to discourage the culture of litigation in order to assess the culture of peace and the implementation of alternative means of conflict resolution.

Keywords: Dignity of the human person. Access to justice. Unfairness. Restorative Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – ESTADO DE DIREITO E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	17
1.1 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
1.2 EVOLUÇÃO, FUNÇÕES E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
1.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ALICERCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
1.4 O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA	32
1.4.1 DEFINIÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL.....	33
1.4.2 O ACESSO À JUSTIÇA PARA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	34
1.4.3 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA	36
1.5 A DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS NA VISÃO DE LUIS ALBERTO WARAT.....	44
1.5.1 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E O PARADIGMA DA DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS	44
1.5.2 O SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS POR LUIS ALBERTO WARAT	47
1.5.3 A DESCONSTRUÇÃO DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS ATRAVÉS DA SENSIBILIZAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DO OPERADOR DO DIREITO	50
CAPÍTULO 2 – O DIREITO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	54
2.1 DIREITO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	54
2.2 PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS, DIREITO PENAL E INTERVENÇÃO ESTATAL	56
2.3 PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E INTERVENÇÃO MÍNIMA: FERRAMENTAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS.....	62
2.4 ACESSO À JUSTIÇA PENAL, GARANTISMO E DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS	65

CAPÍTULO 3 – MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	70
3.1 ANÁLISE E EVOLUÇÃO DAS POLÍTICAS DE RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS	70
3.1.1 A CONCILIAÇÃO.....	75
3.1.2 A ARBITRAGEM.....	76
3.1.3 A NEGOCIAÇÃO	77
3.1.4 A MEDIAÇÃO.....	78
3.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	80
3.2.1 DEFINIÇÃO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA, FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS.....	80
3.2.2 GARANTISMO, CRIMINOLOGIA, VITIMOLOGIA E JUSTIÇA RESTAURATIVA	86
3.2.3 JUSTIÇA RETRIBUTIVA X JUSTIÇA RESTAURATIVA	88
3.2.4 AS TÉCNICAS RESTAURATIVAS.....	90
CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

O tema proposto versa sobre a possibilidade de se viabilizar novos mecanismos de solução de conflitos na esfera penal, em razão da sobrecarga de demandas que atinge o Poder Judiciário, visto se tratar o Estado-juiz o único titular do poder de punir delitos, conforme a hermenêutica constitucional dominante.

Em igual sentido, percebe-se que universalização da tutela jurisdicional estatal tornou-se a regra na sociedade brasileira, fazendo do Poder Judiciário a única válvula de escape para fins de se dar solução às mais diversas demandas. Outras formas de resolução dos conflitos, notadamente no âmbito do Direito Penal, deixam de se implementar ante esse monopólio estatal.

Nesse contexto, destaca-se a necessidade de uma interpretação ampla e integradora do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente quanto ao implemento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, notadamente o acesso à justiça, para se obrigar o Estado brasileiro a efetivá-lo através de mecanismos das mais variadas espécies. É o reflexo do Garantismo Penal, através da introdução de balizas a limitar o poder punitivo do Estado.

Assim, os princípios da intervenção mínima e da insignificância tornam-se de grande valia para o surgimento de um direito penal mínimo e garantista, posto que são ferramentas aptas a demonstrar que a intervenção estatal e o Direito Penal podem coexistir com outras formas de resolução pacíficas de conflito, em verdadeiro estímulo ao alcance e proteção da dignidade da pessoa humana. Parafraseando a célebre frase de Jescheck, não se pode usar o canhão do Direito Penal para a matança de pequenos pássaros (JESCHECK, 1993).

De mais a mais, numa perspectiva neoconstitucional do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça é catalogado na categoria de direito fundamental, mormente quanto à garantia de uma proteção eficaz e temporariamente adequada dos direitos dos cidadãos.

Entretanto, essa garantia pode ser alcançada na esfera penal mesmo sem a intervenção monopolista estatal, especialmente quando o Poder Judiciário se mostra distante de soluções justas e tempestivas para os conflitos.

Propõe-se, então, valendo-se da hermenêutica constitucional de vanguarda, uma extensão do sentido de acesso à justiça, para desatrelá-lo do Poder Judiciário a fim de estimular o acesso a agências informais de controle de conflitos, na mesma linha de Cappelletti e Garth, quando definiram as “ondas renovatórias” do acesso à justiça (CAPPELLETI; GARTH, 1988).

É a partir daí que o direito fundamental do acesso à justiça não deve ser confundido com o acesso ao Poder Judiciário, uma vez que a solução de conflitos muitas vezes pode ser alcançada sem a necessária intervenção do aparato jurisdicional estatal.

Nessa linha que ressurgem variadas formas de resolução de conflitos alternativas à jurisdição estatal, a exemplo dos institutos da arbitragem, da conciliação, da mediação e, na esfera penal, a Justiça Restaurativa.

Tais instrumentos desburocratizam a análise dos conflitos, através de uma justiça coexistencial, estimulando a compreensão, tolerância e participação dos envolvidos. As partes se tornam verdadeiros protagonistas da construção da solução, modelo diametralmente oposto ao da justiça penal convencional.

Justifica-se essa pesquisa em razão do crescimento vertiginoso dos índices de criminalidade, que faz surgir uma série de problemas em consequência, como, por exemplo, o abarrotamento de processos criminais no Poder Judiciário, a produção de decisões especificamente para se cumprir metas e o aumento da população carcerária. Nesse cenário, tornam-se necessários meios alternativos de resolução de conflitos, notadamente em se tratando de justiça penal, como já fora feito na esfera cível, com absoluto sucesso.

Os referenciais teóricos utilizados foram as obras *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, de Luigi Ferrajoli e *Acesso à justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

O objetivo principal é demonstrar que a Justiça Penal convencional, com o monopólio do poder punitivo nas mãos do Estado-Juiz não alcança em sua plenitude o princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente quanto à sua extensão no implemento da garantia constitucional do acesso à justiça. Assim, faz-se necessária a aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos, como forma de desjudicialização em matéria penal.

Os objetivos específicos são fazer um levantamento da evolução do Estado Democrático de Direito, dos direitos fundamentais e a consequente promulgação da Carta

Cidadã de 1988; explorar os princípios da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima e da insignificância, bem como a garantia fundamental do acesso à justiça; analisar a cultura do litígio e da judicialização que é disseminada entre os operadores do direito e propor uma mudança para a cultura de paz e para a aplicação de meios alternativos de solução de conflitos; adentrar na definição de conflito e nas maneiras de resolvê-lo, notadamente através de meios alternativos sem a intervenção do Estado; definir a Justiça Restaurativa enquanto método de resolução de lides no Direito Penal.

A proposta é a de uma nova hermenêutica constitucional a fim de viabilizar a desjudicialização em matéria penal e apresentar instrumentos aptos a demonstrar resultados satisfatórios no verdadeiro alcance da Justiça.

O capítulo 1, denominado “Estado de Direito e Garantias Constitucionais”, faz uma análise acerca dos direitos fundamentais, definindo-os enquanto liberdades fundamentais dos indivíduos, essenciais para a existência de um Estado constitucional democrático.

Ademais, destaca que o alcance pleno do princípio da dignidade da pessoa humana passa pela implementação de condutas negativas e positivas, dentre elas o direito fundamental do acesso à justiça enquanto instrumento apto a proporcionar a todos os indivíduos a tutela efetiva de direitos segundo o ordenamento jurídico.

Assim, o direito de acesso à justiça oportuniza o alcance da dignidade da pessoa humana, pois efetiva liberdades individuais enquanto direitos subjetivos dos indivíduos, necessários para o mínimo existencial.

Percebe-se, portanto, que a garantia do acesso à justiça não se resume ao acesso ao Poder Judiciário, sendo necessário encarar os conflitos penais como circunstâncias naturais da vida em sociedade que podem refletir em uma evolução social, bem como propor métodos de resolução desses conflitos que sejam menos traumáticos e que tragam às partes envolvidas, efetivamente, um sentimento de justiça.

A desjudicialização de conflitos passa necessariamente por uma mudança de paradigma na formação dos operadores do direito, no sentido de haver o estímulo a resolução de conflitos em ambientes distantes do Poder Judiciário.

O capítulo 2, “O Direito Penal no Ordenamento Jurídico”, enfatiza o papel do Direito Penal na sociedade, em busca da proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa

humana, atuando no sentido de prevenir a prática de crimes e limitar arbítrio do poder de punir do Estado.

Dessa forma, o Direito Penal deve atuar diante dos conflitos apenas em caráter excepcional, uma vez que gera consequências mais gravosas, pois restringe a liberdade dos indivíduos. A sua aplicação somente deve ser imposta quando outros meios de controle mostrarem insucesso na solução do conflito e preservação da paz social. É a atuação do Direito Penal como *ultima ratio*, decorrente dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

A desjudicialização em matéria penal, através de meios alternativos de resolução de conflitos, passa a ser uma ferramenta para a incapacidade dos tribunais de dar soluções às lides em tempo hábil, bem como rechaça o excesso de formalidades processuais e diminui os custos para a resolução do conflito.

Tratam-se de mecanismos que dividem com o Poder Judiciário a competência para a resolução de conflitos e transferem para meios de controle não judiciais da sociedade, que aliviam a carga de trabalho da Justiça estatal e proporcionem efetividade e idoneidade às soluções propostas. Buscam, essencialmente, diminuir a sobrecarga de demandas que atingem o Poder Judiciário, trazendo soluções mais céleres.

O capítulo 3, denominado “Métodos Alternativos de Solução de Conflitos”, analisa a evolução e as características dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, quais sejam, conciliação, negociação, arbitragem, mediação e, especialmente, ao tratar dos conflitos penais, a Justiça Restaurativa.

O incremento de tais métodos exige uma mudança na formação do operador do direito, estimulando-se uma cultura de paz ao invés da disseminada cultura de litigância, bem como a implementação de políticas públicas voltadas para a resolução consensual das lides, o que contribuiria para o aprimoramento das técnicas e adequação para cada caso em concreto. Essa nova diretriz facilitaria a comunicação entre os atores envolvidos e permitiria ao Estado exercer um papel de mobilizador e fiscalizador dos métodos alternativos. Para isso, deve haver um esforço coletivo.

A metodologia de pesquisa adotada foi o método hipotético-dedutivo através de confronto de teorias, conceitos e ideias dos doutrinadores, bem como estudo comparativo sobre diferentes prismas. A pesquisa foi feita de forma documental e bibliográfica.

A pesquisa é bibliográfica porque a principal fonte de coleta de informações serão os livros doutrinários, as teses de doutorado, dissertações de mestrado e os artigos científicos. Será também documental porque serão analisados julgados dos Tribunais Pátrios.

CAPÍTULO 1 – ESTADO DE DIREITO E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

1.1 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A tarefa de definir os direitos fundamentais não é fácil, uma vez que inúmeras nomenclaturas são utilizadas para denominá-los, a exemplo de direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e garantias individuais, dentre outras.

Tratam-se, em verdade, de princípios jurídicos que consolidam a garantia da dignidade da pessoa humana em uma sociedade e ratificam o sistema jurídico estatal.

Pela doutrina, são várias as definições atribuídas aos direitos fundamentais. Nas lições de Miranda, são direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, presentes na Constituição formal ou material (MIRANDA, 1998). Alexy considera que são direitos fundamentais aqueles positivamente válidos em uma ordem jurídica constitucional, dividindo-se em princípios e regras e exercendo um efeito irradiador sobre todos os ramos do sistema jurídico (ALEXY, 2008). Por sua vez, Schmitt define os direitos fundamentais por dois critérios: o primeiro considera fundamentais todos os direitos enumerados formalmente em um texto escrito. Já o segundo, aqueles que, além de previstos no texto constitucional, ganharam um *status* mais elevado no que diz respeito à sua modificação (SCHMITT, 1927).

À luz da realidade constitucional brasileira, o segundo critério adotado por Schmitt para definir os direitos fundamentais é passível de críticas, em razão de o ordenamento jurídico pátrio ser composto por vários direitos fundamentais que não fazem parte do rol das cláusulas pétreas e, portanto, admitirem uma alteração menos dificultosa e nem por isso perderem a sua importância enquanto direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais variam de acordo com vários fatores, tais como a ideologia e a modalidade do Estado, e nascem juntamente com as Constituições que os possuem. Assim, podem variar de acordo com a época e cada Estado possui o seu rol próprio. Nas lições de Paulo Bonavides, os direitos fundamentais são a bússola das Constituições e, portanto, não há constitucionalismo sem tais direitos (BONAVIDES, 2009).

Na sua definição, Alexy distingue a norma de direito fundamental do próprio direito fundamental, pois, segundo o autor, a norma possui uma definição mais ampla do que o próprio direito, uma vez que sempre que um direito fundamental deva ser acionado, haverá previamente uma norma o contendo. Nesse sentido, toda pretensão à existência de um direito fundamental pressupõe a validade de uma norma de direito fundamental (ALEXY, 2008).

O mesmo autor considera temerário afirmar que são normas de direito fundamental apenas aquelas estabelecidas no texto constitucional, uma vez que também são consideradas da mesma espécie as normas atribuídas à Constituição. Assim, uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais (ALEXY, 2008). Portanto, são normas de direitos fundamentais todas aquelas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.

Na visão de Ingo Sarlet, os direitos fundamentais são circunstâncias essenciais para a existência de um Estado constitucional democrático, visto que a Constituição, enquanto estabelecadora de limites para atuação dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de forma que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional (SARLET, 2005).

De início, os direitos fundamentais eram admitidos tão somente a partir de um critério subjetivo, através do qual o cidadão poderia exigir do Estado prestações positivas a partir de um direito positivado. Tinham o objetivo de proteção do indivíduo contra as interferências estatais, especialmente para a salvaguarda das liberdades individuais (ANDRADE, 2010).

Esta concepção ganhou força em um período em que o indivíduo era visto isoladamente em sociedade, de modo que não havia uma relação de proximidade entre sociedade e Estado.

Contudo, considerando que a garantia da liberdade individual perdeu importância enquanto valor supremo, notadamente diante de circunstâncias que envolvem interesses plúrimos, a doutrina constitucional de vanguarda passou a vislumbrar os direitos fundamentais por um critério objetivo, pelo qual a Constituição passa a ser um instrumento de integração social, pela tutela de valores e direitos coletivos (SARMENTO, 2004). Assim, a

dimensão objetiva dos direitos fundamentais forma a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, uma vez que passa a irradiar eficácia para todo o ordenamento jurídico, como, por exemplo, a incidências nas relações de direito privado entre particulares (FERNANDES, 2011). É a partir daí que grupos sociais passam a surgir na sociedade, a exemplo de sindicatos, associações, entre outros.

Nesse mesmo sentido, Mendes sustenta que os direitos fundamentais são subjetivos e objetivos ao mesmo tempo. Quanto à dimensão objetiva, define como a possibilidade dos cidadãos de impor seus interesses contra o aparelho estatal. Tratam-se, em outras palavras, de direitos individuais do cidadão contra o Estado, que assume uma obrigação de não interferir na esfera individual dos indivíduos, bem como de assegurar garantias para o exercício pleno da liberdade. Já na dimensão objetiva, são a base de um sistema jurídico democrático (MENDES, 2004).

É assim que, quando a sociedade estabelece os seus valores enquanto direitos fundamentais, estes passam a disciplinar a atuação estatal em face dos indivíduos, mormente na garantia de suas liberdades individuais, bem como estabelecem uma ordem de valores objetivos a irradiar todo o ordenamento jurídico e orientar a vida em sociedade (MENDES, 2004).

Foi nesse sentido que Wilson Steinmetz estabeleceu a teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais, em que as constituições estabelecem, a um só tempo, um rol de direitos fundamentais que produzem efeitos enquanto direitos individuais do cidadão frente ao Estado, bem como enquanto valores da comunidade considerada coletivamente (STEINMETZ, 2004).

Para Canotilho, a visão subjetiva dos direitos fundamentais é encarada como proteção de direitos e garantias do cidadão como indivíduo, visto isoladamente, enquanto que a visão objetiva leva em consideração a consagração de garantias de cunho coletivo, visando salvaguardar o interesse público. Ambas existem tanto através da natureza de regras quanto de princípios (CANOTILHO, 1999).

Um exemplo ilustrativo da teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais remete ao “caso Luth”, em que o Tribunal Constitucional alemão proferiu decisão em 1958 no sentido de dispor que os direitos fundamentais não se limitavam aos cidadãos individualmente, mas também a aspectos de natureza coletiva, também previstos constitucionalmente (SARLET, 2005).

Para muitos, trata-se da decisão mais importante sobre os direitos fundamentais. Em uma breve síntese, o caso girou em torno no recurso constitucional interposto por Erich Lüth, Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, por não concordar com a decisão proferida por um tribunal estadual (*Landgericht*) pelo fato de ter se manifestado publicamente pelo boicote dos filmes de Veit Harlan, em razão de suas referências nazistas do passado. A decisão ordinária, no entanto, foi alvo de reforma no Tribunal Constitucional, sob o fundamento de que o direito à liberdade de opinião era fundamental e irradiava sua força às relações entre particulares, a partir de um juízo de ponderação entre diferentes bens jurídicos. Era a ideia de que a ordem jurídica deveria ser interpretada à luz da constituição, notadamente através dos direitos fundamentais, ainda que se tratasse de uma relação jurídica entre particulares. Nas palavras de Daniel Sarmento:

[...] no caso *Lüth*: tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido por um cineasta nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, *Erich Lüth*, em 1950. A produtora e distribuidora do filme se insurgiram contra o boicote e obtiveram decisão favorável na Justiça Estadual de Hamburgo, com base no art. 826 do CC Alemão segundo o qual ‘quem causar danos intencionais a outrem e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano’. *Lüth* interpôs queixa constitucional que fora acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão, fundamentando o entendimento de que as cláusulas gerais do direito privado, referidas no art. 826, devem ser interpretadas ao lume da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, no caso, da liberdade individual contra as interferências das autoridades publicas (SARMENTO, 2011).

Vê-se, portanto, que, a partir da citada decisão, os direitos fundamentais passaram a ser vistos como um conjunto de valores objetivos que irradiavam efeitos para todo o ordenamento jurídico (LUÑO, 1995).

Na definição de Ingo Sarlet, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais os torna princípios superiores do ordenamento jurídico, o que dá um contorno de juridicidade a tais normas. Assim, visto sob o prisma objetivo, os direitos fundamentais passam a ser valorados não somente sob a perspectiva individual, mas também sob o prisma coletivo, uma vez que dispõem sobre finalidades a serem concretizadas na vida em sociedade (SARLET, 2005).

Dessa forma, a dimensão objetiva restringe e condiciona o exercício de direitos subjetivos do indivíduo em nome da preservação e concretização de interesses da comunidade

vista coletivamente, bem como exige a delimitação de um núcleo essencial de direitos fundamentais. Nesse sentido, Sarlet pondera que:

A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental (SARLET, 2005).

Ainda sob o prisma conceitual, as definições de direitos fundamentais e direitos humanos merecem um tratamento especial, visto que, embora encaradas como sinônimas em muitos casos, são diferentes, mas com algumas peculiaridades. A expressão direitos humanos assume uma concepção de cunho internacional, consagrando direitos aceitos e protegidos no plano externo. Já a expressão direitos fundamentais remete a garantias no âmbito interno de um país. Nesse sentido definiu Ana Maria D'Ávila Lopes, senão vejamos:

Direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporariamente (LOPES, 2001).

Já na visão de Perez Luño, a definição de direitos humanos assume um sentido mais abrangente, enquanto que direitos fundamentais possuem um sentido mais restrito, na medida que referem-se a direitos e garantias assegurados pelo Estado em um plano espacial limitado (LUÑO, 1995).

Na Constituição federal Brasileira consta o título que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, que inclui, dentre outros, os direitos de nacionalidade, direitos políticos, sociais, individuais e coletivos. Ademais, importante destacar que, embora os Direitos Fundamentais estejam concentrados essencialmente em um único artigo da Constituição, nada impede que estejam dispostos em outros artigos, à luz da redação do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, caberá a moderna hermenêutica constitucional a busca por novos Direitos Fundamentais não elencados no rol do citado artigo 5º da Carta Magna.

1.2 EVOLUÇÃO, FUNÇÕES E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise acerca da evolução dos direitos fundamentais mostra-se de fundamental importância, uma vez que o surgimento de tais direitos mantém estreita ligação com a evolução histórica do constitucionalismo enquanto movimento jurídico, político e ideológico de limitação dos poderes do Estado e de estabelecimento das normas fundamentais de um ordenamento jurídico.

Não há um consenso entre os doutrinadores acerca do surgimento do constitucionalismo. Para a doutrina majoritária, o seu surgimento remete ao advento da Magna Carta, na Inglaterra do século XIII, de autoria de João Sem-Terra, como forma de limitação dos poderes conferidos ao Rei e de conquistas de garantias individuais aos cidadãos.

Entretanto, por se tratar de documento destinado tão somente à proteção dos direitos da elite formada pelos barões feudais ingleses, divergências doutrinárias surgiram acerca do pioneirismo deste escrito enquanto documento a inaugurar o constitucionalismo.

Karl Loewenstein atribui o surgimento do constitucionalismo à antiguidade clássica, mais precisamente à sociedade hebraica, com a criação da “Lei de Deus”, que impunha limites aos poderes conferidos aos governantes, especialmente por considerar que o detentor do poder não possuía prerrogativas absolutas e ilimitadas, pois estava subordinado à Lei divina, que gerava reflexos tanto ao governante quanto aos governados. (LOEWENSTEIN, 1970). Vê-se, portanto, que, embora não houvesse documento escrito a tratar da limitação do poder do governante, existiam normas de cunho constitucional material. Trata-se do constitucionalismo na antiguidade.

Ainda como exemplo embrionário do constitucionalismo na antiguidade, merece destaque a Grécia, em que já havia a distinção entre normas fundamentais da sociedade (*nomoi*) e as meras regras (*psefimata*). Estas admitiam alterações através de um procedimento menos dificultoso que aquelas.

Nesse mesmo período os gregos instituíram núcleos políticos, através da divisão de tarefas estatais distribuídas entre diferentes cargos públicos, visando a racionalização do poder e inaugurando a noção de democracia, ainda que pouco se assemelhe com a definição

de democracia que adotamos nos dias de hoje. De igual forma, em Roma também se instituiu um sistema de limitação do poder soberano.

Na época consagrada pelo constitucionalismo na antiguidade não se viabilizou a elaboração de uma constituição escrita, daí porque falar somente em constituição material nos exemplos citados, uma vez que a intenção era limitar os arbítrios do soberano e preservar os direitos tidos por fundamentais, ainda que sem um documento formal.

Na Idade Média, durante longo período de obscuridade, o constitucionalismo assume como prioridade a limitação do poder do soberano e a conquista de garantias individuais aos cidadãos. Tem como destaque a já citada Magna Carta inglesa, de 1215, que surge em razão da atuação de João Sem-Terra em busca de se consolidar a implementação de direitos e garantias aos cidadãos, a exemplo do *habeas corpus*, do devido processo legal, do tribunal do júri, dentre outros.

Para Carl Schmitt, o primeiro documento a ser considerado uma constituição foi o *Bill of Rights*, na Inglaterra do século XVII, que teve a finalidade de instrumentalizar a perda do poder absoluto do monarca e passou a dividi-lo com o Parlamento. Foi um documento que trazia em seu conteúdo direitos extensíveis para todos, sem qualquer segregação entre os indivíduos (SCHMITT, 1927).

Merece destaque como influência para a implementação de direitos fundamentais a Teoria do Direito Natural, fundamentada na ideia de que existem direitos inatos à pessoa humana, cuja doutrina aponta para a pré-história dos direitos fundamentais (SARLET, 2005).

Em sequência histórica, o constitucionalismo moderno dá os primeiros sinais de surgimento, marcado por influências sociais e culturais, iniciando um período em que o poder político passa por uma transformação profunda, especialmente quanto as formas de domínio e o seu implemento. Nas lições de Canotilho:

[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes

princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII. Já o Constitucionalismo moderno emerge na necessidade de uma Constituição vinculada diretamente aos seus ideais, tendo como cume político a edição das constituições rígidas e escritas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791. Estas constituições possuíam como características comuns e principais a organização do Estado e a limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais. Neste momento, a noção de constituição promove uma limitação e vinculação em todos os órgãos do poder político. Desta maneira, a constituição moderna passou a ser entendida como a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político (CANOTILHO, 1999).

Através dos exemplos dos EUA, da Inglaterra e da França, o constitucionalismo moderno se destaca pela necessidade de implementação de um documento escrito como forma de garantir a eficácia dos direitos fundamentais, cujo estímulo do jusnaturalismo se fez presente, pela definição de um instrumento de organização do poder político e da estrutura estatal e pela supremacia da constituição, tudo para se estabelecer um Estado de Direito em substituição aos Estados Absolutistas.

Como pano de fundo do constitucionalismo moderno, havia, no plano econômico, o liberalismo, que estimulava a mínima intervenção estatal nas relações comerciais como formar de alavancar o capitalismo.

Na Inglaterra, alguns documentos da época traziam em seu bojo a previsão de direitos fundamentais, a exemplo da Magna Carta de 1215, da *Petition or Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688).

Nos EUA, a Constituição americana não trouxe expressamente uma lista de direitos fundamentais, porém a sua aprovação pelos estados independentes americanos ficou condicionada à introdução de tais direitos, o que gerou as dez primeiras Emendas a Constituição, em 1791.

Na França, o documento emblemático a tratar dos direitos fundamentais foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789, que proclamou os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade, difundidos nas Constituições mundo a fora até hoje, cujo alcance não possuía limitação espacial, sendo válidos para toda a humanidade, portanto. Neste mesmo sentido, são as lições de José Afonso da Silva:

O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal, passou a ser objeto de reconhecimento supra estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal. (SILVA, 2003).

Contudo, o constitucionalismo moderno sofreu mudança de rumo no período compreendido durante a Primeira Guerra Mundial. A política do liberalismo econômico sai de cena em razão do surgimento de partidos políticos de ordem socialista, que instituíram textos constitucionais marcados por um intervencionismo estatal flagrante.

As constituições garantistas e liberais perderam espaço para novos textos constitucionais sociais, impregnados de normas de cunho programático. Era o período do Estado do Bem-Estar Social, a exemplo daquilo proposto pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição Alemã de Weimar de 1919.

No Brasil, o primeiro texto constitucional influenciado pelo Estado do Bem-Estar Social foi o de 1934, cujas normas estabeleciam uma atuação estatal intervencionista como forma de se impulsionar o desenvolvimento econômico e social. As constituições brasileiras subsequentes mantiveram as mesmas referências, com reflexos inclusive na Constituição Cidadã de 1988.

Pós Segunda Guerra Mundial, o positivismo sofreu severas críticas, dando espaço para o surgimento de novas teorias jurídicas, com predominância da hermenêutica constitucional. Foi o surgimento do Estado Constitucional do Direito, em que a Constituição tornou-se a norma jurídica a impregnar os demais ramos do direito e os direitos fundamentais passaram a exercer papel essencial na estrutura jurídica dos Estados.

Destaque-se que o Estado Constitucional do Direito proposto pelo neoconstitucionalismo difere do Estado Legislativo do Direito, a que se submetia o constitucionalismo moderno. É a desvalorização do positivismo, em que a lei, enquanto fonte legitimadora do Direito, abre espaço para a argumentação jurídica e hermenêutica constitucional como novos mecanismos garantidores da implementação dos direitos fundamentais.

Esse movimento que alçou a Constituição ao ponto de maior importância no ordenamento jurídico foi denominado neoconstitucionalismo, também marcado pela ponderação de princípios constitucionais quando em conflito, pelo princípio da

proporcionalidade e pela eficácia dos direitos fundamentais. A anterior subsunção do fato à norma foi substituída por uma hermenêutica constitucional fortemente influenciada pela argumentação jurídica, pela força normativa da constituição, pela jurisdição constitucional, bem como a predominância do Poder Judiciário frente à inércia dos demais Poderes. Nas palavras de Barroso:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2009).

O documento emblemático na época marcada pelo neoconstitucionalismo cujo conteúdo trata iminentemente de garantias fundamentais é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que reconhece a dignidade da pessoa humana enquanto alicerce da justiça, da liberdade e da paz.

No Brasil, o neoconstitucionalismo teve a sua implementação através da Constituição Federal de 1988, notadamente pela infinidade de direitos e garantias fundamentais consagrados no seu texto, especialmente o título denominado “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Ao longo das Constituições brasileiras, os direitos fundamentais sofreram diversas transformações quanto ao alcance, conteúdo, titularidade, relativização e eficácia. A previsão positivada de tais direitos, contudo, não garantiu, nem garante a sua efetividade, sendo necessária a criação de mecanismos aptos a proteger tais direitos, a fim de não torná-los meros direitos de papel (LIMA, 2002).

Em relação às funções dos direitos fundamentais, merece destaque, inicialmente, ponderar que o indivíduo se posiciona diante do Estado de maneiras distintas, ao que Georg Jellinek denominou Teoria dos quatro *status*, quais sejam: passivo (*status subjectionis*), ativo (*status activus civitates*), negativo (*status libertatis*) e o positivo (*status civitates*). Desses

quatro *status*, um deles confere ao indivíduo um dever fundamental e os outros três conferem ao indivíduo direitos fundamentais (JELLINEK, 1912).

No *status* passivo o indivíduo se coloca em posição de subordinação perante o Estado, sujeito a restrições e imposições, estando, desta forma, na condição de detentor de deveres. No *status* negativo, a esfera de liberdade do indivíduo não é atingida pela interferência estatal. Essa esfera de liberdade do indivíduo é exercida através do livre arbítrio de cada pessoa. Manifestam-se através dos direitos fundamentais de defesa. O *status* positivo manifesta-se através de direitos fundamentais pelos quais o Estado desenvolve prestações positivas em benefício do indivíduo. O *status* ativo é o que atribui ao indivíduo a capacidade de atuar, de praticar comportamentos em nome do Estado. Manifesta-se através dos direitos políticos, seja quando o indivíduo exerce o seu direito a voto ou quando se coloca em posição de ser votado (JELLINEK, 1912).

Assim, é possível estabelecer um liame dos *status* dos indivíduos com o Estado e a classificação dos direitos fundamentais em dimensões, consoante predominante posição doutrinária.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgem, no contexto histórico, no século XVIII, juntamente com as revoluções da época, mais precisamente a Revolução Francesa. Tratam-se de direitos que possuem os indivíduos como titulares e tem por objetivo principal limitar o arbítrio estatal. São os direitos de defesa, que protegem os cidadãos dos abusos estatais e a eles atribui uma esfera de liberdade de atuação. É a manifestação do *status* negativo.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão têm como ideal o princípio da igualdade, manifestado pelos direitos sociais, culturais e econômicos, que exigem prestações estatais positivas, com a finalidade de suprir a carência da coletividade. Aqui, o Estado assume uma postura intervencionista nas relações humanas, como forma de promoção da igualdade entre as pessoas. É a manifestação do *status* positivo.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão surgem no século XX em razão do panorama mundial dividido em nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Buscam, essencialmente, a proteção universal, em que o gênero humano ganha destaque no lugar do indivíduo visto isoladamente. Manifestam-se através dos direitos à fraternidade, à paz, ao meio ambiente, dentre outros.

A quarta dimensão dos direitos fundamentais surge diante da necessidade de proteção da humanidade, em um viés democrático e plural. São resultado da globalização dos direitos fundamentais e o rol ainda não está completamente delineado, posto que ainda em descoberta. São exemplos o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Por fim, já se vislumbram os direitos fundamentais de quinta dimensão, ainda que em um plano meramente ideológico e acadêmico. Referem-se aos avanços tecnológicos, a exemplo da internet.

1.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ALICERCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana está encartado enquanto princípio fundamental na Constituição Federal Brasileira. Trata-se de norma-princípio, que irradia e imanta os sistemas de normas jurídicas, norteando o Estado Democrático de Direito Brasileiro. Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a norma-princípio apresenta-se enquanto mola mestra do ordenamento jurídico, garantindo unidade e sentido às demais normas que integram o sistema. Nesse sentido, o Autor aduz que:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição: mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra [...] (MELLO, 2003).

O artigo 1º da Carta Magna traz uma lista dos princípios fundamentais balizadores do ordenamento jurídico pátrio, o que faz crer, em se tratando de uma vanguardista hermenêutica

constitucional, que tais princípios devem servir como reflexo para todo o Estado Democrático de Direito, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, vê-se que os princípios têm a função de não apenas influenciar a tomada de decisões jurídicas, mas também a função de integrar a aplicação das normas, eliminando aquelas que não se alinham ao sistema, bem como o conflito entre elas, de modo a permitir uma aplicação sistêmica dessas normas. Colaciono a visão de Ingo Sarlet nesse sentido, senão vejamos:

Neste passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nosso Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático, não esquecendo – e aqui adotamos a preciosa lição de Juarez Freitas – que toda a interpretação ou é sistemática ou não é interpretação” (SARLET, 2011).

Em razão da importância do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo jurídico é elemento basilar para a implementação das garantias fundamentais, a sua hermenêutica deve ser a mais abrangente possível, impondo obrigações ao Estado brasileiro de efetivá-lo e instrumentalizá-lo através de mecanismos diretos, interpretativos e negativos tanto de ordem individual, como de ordem coletiva. É, em outras palavras, um valor que deve justificar todo o ordenamento jurídico.

Peter Häberle entende que a dignidade da pessoa humana surgiu como fundamento para uma mudança de paradigma do pensamento jurídico-estatal pós segunda guerra mundial, uma vez que as constituições que surgiram após este episódio buscavam repelir os trágicos momentos vivenciados durante a grande guerra (HÄRBERLE, 2005).

A definição semântica do que vem a ser dignidade da pessoa humana não é de ordem prática, visto que leva em consideração valores religiosos, filosóficos, políticos e jurídicos. No aspecto religioso, retira da bíblia a sua definição, qual seja, o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Sob o aspecto filosófico, designa um valor ligado à ideia de bom, virtuoso e justo. No plano político, passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, tornando-se fundamento dos Estados democráticos. No plano jurídico,

aproximando-se do Direito, a dignidade da pessoa humana assume um conceito deontológico – expressão de um dever-ser normativo. Assim, passa a ser não somente um valor, mas, sobretudo, um princípio norteador do ordenamento jurídico (BARROSO, 2010).

Apenas no século XX que a dignidade da pessoa humana foi incluída expressamente em documentos jurídicos, a exemplo da Constituição do México de 1917 e da Constituição alemã de Weimar de 1919. Somado a isso, pós segunda guerra mundial, foi incorporada aos principais documentos de Direitos Humanos internacionais, a exemplo da Carta da ONU de 1945 e da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Consoante a atual definição jurídica de dignidade da pessoa humana, influenciada, acima de tudo, por uma cultura jurídica pós-positivista, a solução de demandas às quais não existam respostas fáceis exige ao operador do Direito recorrer a elementos extrajurídicos, a exemplo da filosofia moral e política, que, já de longe, definiam o conteúdo axiológico da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, Barroso chega a seguinte conclusão:

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Não é o caso de se aprofundar o debate acerca da distinção qualitativa entre princípios e regras. Adota-se aqui a elaboração teórica que se tornou dominante em diferentes países, inclusive no Brasil. Princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. São eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente. Vale dizer: princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos” (BARROSO, 2010).

Assim, à luz de uma matriz kantiana, a dignidade da pessoa humana compreende-se a partir da seguinte ideia: todo homem é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como um mero objeto para qualquer fim. As pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, visto que possuem um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade (BARROSO, 2010).

Nesse mesmo sentido, a dignidade da pessoa humana passa a ter conteúdo essencialmente inclusivo, manifestando-se no reconhecimento e proteção às diferenças entre

os indivíduos, bem como respeito à diversidade de pensamento, orientação sexual, credo e demais formas de expressão do ser humano (CANOTILHO, 2009).

Conclui-se, portanto, que não se pode definir de forma estanque o conceito de dignidade da pessoa humana, em razão da plasticidade e ambiguidade de definição. Entretanto, é possível definir conteúdos mínimos atinentes ao conceito, tais quais o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário (BARROSO, 2010).

O valor intrínseco define que toda pessoa é um fim em si mesma e não meio para a realização de metas coletivas. Trata-se do valor deontológico da dignidade. As pessoas possuem características singulares, a exemplo da inteligência, da sensibilidade e da capacidade de comunicação, o que as tornam únicas.

A autonomia de vontade refere-se ao elemento ético da dignidade humana, uma vez que trata da capacidade das pessoas tomarem decisões, fazerem escolhas. Possui uma dimensão privada, a tratar dos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, que se refere ao processo eleitoral e ao debate público.

O valor comunitário é o elemento social da dignidade humana, pois se refere à relação entre o ser humano enquanto indivíduo e a coletividade. Nesse sentido, a dignidade como valor comunitário funciona como um limite às escolhas individuais. Trata dos atos que podem ser praticados pelo indivíduo que possam afetá-lo, bem como proteção de valores sociais.

Tais vetores tem o condão de definir um conteúdo mínimo do que seja dignidade da pessoa humana, a fim de unificar a expressão no âmbito interno e no plano internacional. Ademais, servem para fundamentar a solução de casos difíceis, dando maior transparência ao processo decisório.

Diante do exposto, vê-se que todo o ordenamento jurídico deve irradiar tal princípio. Coube, dessa forma, ao legislador constituinte brasileiro instrumentalizar em outras normas os valores decorrentes da dignidade humana, o que fez através dos direitos fundamentais.

Contudo, não se deve confundir a dignidade humana com os direitos fundamentais. Aquele serve como referência para a implementação destes. Assim sendo, seria possível restringir direitos fundamentais em nome do alcance da dignidade da pessoa humana. Em

outras palavras: a implementação dos direitos fundamentais, seja ampliando-os ou restringindo-os, tem como norte o alcance da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2011).

A doutrina reconhece duas eficácias aos direitos fundamentais, quais sejam, horizontal e vertical. A primeira trata da proteção e aplicação dos direitos fundamentais diante das relações que envolvem particulares, no convívio em sociedade. Dessa forma, concretiza-se com o dever das pessoas respeitarem os direitos fundamentais dos seus pares, bem como os seus próprios. Já a segunda eficácia diz respeito à relação que envolve o Estado e os particulares, que impõe ao Estado uma dupla obrigação: de não interferir na esfera da autonomia privada das pessoas, bem como de garantir aos tutelados a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, são as lições de Ingo Sarlet:

[...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma nova ordem jurídica, que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa –, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. (SARLET, 2011).

Pelo dito, conclui-se ser necessário o Estado implementar a proteção da dignidade da pessoa humana mediante condutas negativas e positivas, neste último caso, por exemplo, através da garantia do direito fundamental do acesso à justiça.

1.4 O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

1.4.1 DEFINIÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

À luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, na perspectiva do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça instituiu-se na categoria de direito fundamental, mormente quanto à garantia de uma proteção eficaz e temporariamente adequada dos direitos dos cidadãos.

Assim, assume, consoante definição doutrinária prevalente, dois sentidos básicos, a saber: a reivindicação de direitos através da intervenção do Estado-juiz e a obtenção de resultados justos, individualmente ou socialmente, com uma tutela efetiva e uma resposta tempestiva. Nesse sentido são as lições de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELETTI; GARTH, 1998).

Destarte, percebe-se que o acesso à justiça exige um processo justo, que permita que as partes envolvidas tenham um deslinde do caso conforme o direito. Ausentes essas características do processo, o ordenamento jurídico se mostraria ineficaz para o alcance de resultados efetivos (DUARTE, 2007).

O texto constitucional conectou o acesso à justiça com a necessidade de intervenção do Estado-juiz, a fim de garantir a aplicação judicial do direito, consoante a redação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual, “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, (BRASIL, 1988).

A garantia à tutela jurisdicional Estatal significa a proteção de um direito do cidadão mediante a necessária e obrigatória intervenção do Estado-juiz. Nesse sentido, a Constituição prevê de forma acertada a faculdade de qualquer pessoa “bater as portas” do Poder Judiciário, ainda que o pedido seja juridicamente impossível de ser atingido. É o direito de demandar em juízo através de meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial.

Para se garantir acesso à tutela jurisdicional, cabe ao Estado instrumentalizar o Poder Judiciário, através de condições materiais de trabalho, remuneração digna aos serventuários e Magistrados, bem como assegurar autonomia aos órgãos e agentes, nos termos da Constituição, a fim de se buscar uma atuação célere, ética, eficaz e proba.

Ademais, o acesso à tutela jurisdicional anda lado a lado com da necessidade de se assegurar o acesso ao Poder Judiciário às populações carentes, através da assistência judiciária gratuita, além da atuação do Ministério Público nas demandas que envolvem direitos difusos e coletivos.

Dessa forma, conclui-se que, na Constituição brasileira, o acesso à justiça é considerado direito fundamental, pois previsto expressamente no capítulo das garantias do cidadão, bem como constitui instrumento apto a proporcionar a todos os indivíduos, de forma impositiva e compulsória, a tutela efetiva de direitos segundo o ordenamento jurídico.

A origem histórica de tal garantia remete aos movimentos revolucionários liberais do século XVIII, em que foram introduzidos expressamente nos textos constitucionais da época uma gama de liberdades e direitos aos indivíduos, especialmente os de primeira dimensão, já tratados.

1.4.2 O ACESSO À JUSTIÇA PARA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme já delineado em tópico anterior, o artigo 1º da Carta Magna traz a dignidade da pessoa humana enquanto princípio que deve servir como reflexo para todo o Estado Democrático de Direito. Trata-se, em verdade, de princípio que se tornou a base das Constituições Democráticas.

Por sua importância, a promoção da dignidade da pessoa humana passa a ser obrigação maior do Estado, impondo-lhe o dever de efetivá-la e instrumentalizá-la através de mecanismos que assegurem condições dignas de existência às pessoas. Nada mais é o que a implementação do chamado mínimo existencial.

O mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana são conceitos indissociáveis e que se mostram presentes na definição dos direitos fundamentais e naquilo que se convencionou chamar de jurisdição constitucional (SARLET, 2013).

O direito ao mínimo existencial dispõe sobre as condições básicas que uma pessoa necessita para viver em sociedade, através da promoção, pelo Estado, de comportamentos positivos, que incluem, dentre outros, a assistência social aos indivíduos que se encontram segregados em sua vida social em razão de sua precária condição física e mental, não dispondo de condições de prover sua própria manutenção.

Não há, contudo, como definir um rol taxativo do que seja o mínimo existencial, de modo que a evolução da vida em sociedade faz com que novas necessidades surjam aos cidadãos, embora devam estar sempre interligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o principal desafio torna-se não a definição de quais sejam, mas a implementação desse mínimo existencial.

Nesse contexto, inclui-se no mínimo existencial o direito fundamental do acesso à justiça, uma vez que é através dele que o indivíduo poderá provocar o Estado, em sua função jurisdicional, para lhe assegurar uma resposta justa e tempestiva para determinada demanda. A titularidade de direitos de nada adianta quando ausentes mecanismos para a sua fruição.

Assim, o acesso à justiça deve ser garantido e promovido pelo Estado, através das mais diversas ações, para que os cidadãos possam buscar a efetivação dos seus direitos. Nas lições de Capelletti e Garth:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPELLETTI; GARTH, 1988).

Portanto, o direito de acesso à justiça, quando efetivamente garantido e concretizado, oportuniza o alcance da dignidade da pessoa humana, uma vez que possibilita instrumentos para a efetivação de direitos subjetivos, notadamente aqueles definidos como fundamentais para um mínimo existencial.

1.4.3 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA

O Direito surge para delimitar a vida em sociedade. Na definição kantiana, trata-se da “delimitação harmônica das liberdades” (KANT, 2002). É através do Direito que se impõe aos cidadãos o cumprimento de obrigações independentemente de sua vontade, em razão da coercibilidade. Além disso, as normas jurídicas se destacam por outra característica, qual seja, o escalonamento hierárquico que mantém entre si, de tal maneira que a norma de posição superior impõe condição de validade à norma hierarquicamente inferior. Esse, portanto, deve ser o ponto de partida da hermenêutica das normas jurídicas. No caso aqui tratado, para se interpretar o alcance ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental do acesso à justiça deve-se, *prima facie*, encontrar a posição hierárquica ocupada por eles. Tratam-se de dispositivos constitucionais, incluído no rol de direitos fundamentais, sob os quais deve recair uma interpretação construtiva, com a tarefa de encontrar sentido para além das expressões gramaticais, colhendo-se conclusões no espírito da norma. (BARROSO, 2003).

Nesse sentido, para interpretar a norma constitucional deve-se levar em consideração a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo próprio e o caráter político de suas disposições.

Por superioridade hierárquica, confere-se à Constituição uma supremacia, cujo caráter subordinante rege todo o ordenamento jurídico. Em relação à natureza da linguagem, as normas constitucionais apresentam elevado grau de abstração, exigindo esforço maior do intérprete para a definição. Sobre o conteúdo, destacam-se as normas constitucionais de conduta, de organização ou de estrutura do Estado, diferentes do conteúdo das normas infraconstitucionais. Já o caráter político é fruto de um poder de fato, ilimitado, incondicionado e autônomo sob o qual as normas constitucionais passaram, através do poder constituinte originário. A Constituição busca, portanto, converter o poder político em poder jurídico, levando sempre em consideração os limites e possibilidades do ordenamento jurídico dentro de critérios racionais (BARROSO, 2003).

Quanto à tipologia das normas constitucionais, a dogmática aponta a distinção entre regras e princípios. As regras possuem uma incidência mais restrita, enquanto os princípios,

verdadeiros mandamentos de otimização, possuem carga valorativa que admite ponderação. A premissa do “tudo ou nada” se aplica às regras, enquanto os princípios podem ser relativizados em razão do seu alto grau de abstração. Essas são as lições de Dworkin, senão vejamos:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002).

No mesmo sentido, sobre as características dos princípios constitucionais, assim pondera Robert Alexy:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras oposta (ALEXY, 2008).

É nesse contexto que desponta no texto constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual exige um mínimo de condições para uma vida digna. Sem tais condições, pode até haver sobrevivência, mas de forma indigna. Nessa linha, sustenta Ingo Sarlet:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade (SARLET, 2005).

Dessa forma, ter acesso ao Poder Judiciário muitas vezes passa distante do significado de justiça e em nada concretiza o direito fundamental do acesso à justiça. Vejamos as lições de Beneti:

[...] dizer o direito não exaure o dizer a justiça. A solução justa da controvérsia tanto pode provir da jurisdição legal, monopólio do Estado, como pode realizar-se por outros instrumentos de composição de conflitos, embora todos busquem a realização da justiça. Só a idolatria estatal, alimentada pela nociva ingenuidade científica ou pelo preconceito ideológico impermeável à razão, pode sustentar a crença de que o julgamento jurisdicional realizado pelo Estado seja sempre justo e de que somente esse julgamento seja apto à realização da justiça no caso concreto. (BENETI, 2002).

Ainda que a doutrina majoritária considere que o direito fundamental do acesso à justiça passe, necessariamente, pela intervenção do Poder Judiciário, a moderna hermenêutica constitucional conclui em sentido contrário, ou seja, a garantia constitucional do acesso à justiça não anda, necessariamente, próxima à necessidade de um provimento jurisdicional estatal, notadamente quando o Poder Judiciário se mostra distante de soluções justas e tempestivas para os conflitos. Nesse mesmo sentido, é a posição de Rodolfo de Camargo Mancuso, senão vejamos:

A rigor, o problema não está (ou ao menos não tanto) na singela questão do acesso à justiça (já que a instância estatal hoje é alcançável por diversas vias, valendo lembrar que o necessitado - não só ao ângulo econômico, mas até mesmo o carente organizacional - beneficia de "assistência jurídica integral e gratuita": CF/1988, art. 5º, LXXIV), e, sim, nos modos e meios pelos quais o Estado haverá que assegurar a finalidade última do processo, qual seja a composição justa e tempestiva do conflito disponibilizado, ou, se se quiser: o acesso à ordem jurídica justa (MANCUSO, 2011).

O mesmo autor considera que é necessária uma reavaliação da função jurisdicional estatal, que deve deixar de ser a primeira opção na resolução dos conflitos para ser uma cláusula de reserva, sendo utilizada somente quando a lide não for solucionada por outros meios menos traumáticos. É a descentralização do acesso à justiça. Assim pondera:

O acesso à justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso “convite à demanda” para, realisticamente, reduzir-se a uma cláusula de reserva, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas: (i) os conflitos – intersubjetivos ou plurissubjetivos, constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário; (ii) tais conflitos devem ter solução justa, num bom equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas não necessariamente pela via judicial, senão que também – e em certos casos até preferivelmente – por meio dos chamados

equivalentes jurisdicionais, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas (MANCUSO, 2009).

Nas lições de Kazuo Watanade, o acesso à justiça previsto no texto constitucional deve ganhar nova interpretação, no sentido de servir “não apenas como garantia de acesso ao Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, efetiva, tempestiva e adequada (WATANABE, 2011).

A constatação de que o Poder Judiciário passa por uma crise é corrente. Os próprios jurisdicionados acreditam que a atuação do Judiciário poderia ser descartada na resolução de conflitos e na busca pela justiça.

E a crise que desembocou na atual situação decorre da evolução do Poder Judiciário ao longo do tempo. A atual concepção de Poder Judiciário surgiu no século XIX, influenciadas pelas ideias de tripartição de poder propostas por Montesquieu e nos estudos de Estado Liberal de Locke, em que o Estado soberano tinha por obrigação garantir as liberdades individuais das pessoas. Em essência, a função estatal era de preservar a liberdade de cada indivíduo, através de normas de caráter geral e abstrato, embasado pelo paradigma positivista.

Contudo, o modelo liberal de Estado perdeu espaço após a segunda guerra mundial, eclodindo a necessidade de garantir aos cidadãos certos direitos essenciais, especialmente os direitos sociais. Tais direitos encontram-se consagrados no texto constitucional brasileiro, muito embora não sejam efetivamente implementados pelo poder público, o que faz com que o Poder Judiciário seja constantemente acionado para colocá-los em prática.

Dessa forma, o que se vê é um Poder Judiciário abarrotado de demandas, somado a uma burocracia procedimental que desagua em um atraso na atuação jurisdicional, gerando insatisfação do jurisdicionado. Nas palavras de Ruy Pereira Barbosa, “justiça, para o povo, é sinônimo de demora, de morosidade” (BARBOSA, 1998).

Mais do que a necessidade de intervenção estatal através do Poder Judiciário, o acesso à justiça visa assegurar a plena concretização dos direitos individuais e sociais das pessoas. Mauro Cappelletti e Bryant Garth definem:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e

sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Assim, ao analisar o fenômeno do acesso à justiça, Cappelletti e Garth definiram as suas “ondas renovatórias”, como forma de mapear as transformações axiológicas da expressão, bem como visualizar propostas para o cenário atual.

A primeira onda do movimento trata da assistência judiciária aos pobres, pela qual quanto mais arrojado um ordenamento jurídico, maior a necessidade da presença de um advogado para servir de instrumento ao acesso ao Judiciário. Dessa forma, os métodos de se assegurar a assistência judiciária aos mais carentes são indispensáveis para se efetivar o acesso à justiça.

Entretanto, é a pobreza o primeiro obstáculo a eliminar o acesso à justiça aos mais carentes. Entenda-se pobreza nas mais variadas formas, quais sejam, econômica, linguística e cultural, posto que representam verdadeiros entraves desestimuladores de busca pelo Poder Judiciário. Neste cenário, a Defensoria Pública, a assistência jurídica gratuita e a nomeação de advogado dativo corroboram para a proteção do hipossuficiente.

A segunda onda do movimento de acesso à justiça refere-se à proteção dos interesses transindividuais, visando à consolidação dos direitos sociais e difusos. Neste caminho, a conservadora visão individualista de acesso à justiça tem quebrada a sua hegemonia, vez que a onda de demandas por defesa dos direitos difusos e coletivos transcende a luta entre duas partes que se volta à solução de um conflito relativo à interesses individuais. Neste sentido, Cappelletti e Garth assim dispõem:

O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes de legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A terceira onda de acesso à justiça traz um novo enfoque do que vem a ser, verdadeiramente, o acesso à justiça. Nesse sentido, as reformas nas áreas de assistência judiciária ao hipossuficiente e representação de interesses metaindividuais foram insuficientes para se alcançar o desiderato, posto que impõem a provocação do Estado-juiz para o exercício da tutela jurisdicional.

Essa realidade se mostra atual quando, por exemplo, diante das ilegalidades praticadas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário é instado para neutralizar tais vícios.

Somado a isso, a redemocratização possibilitou aos cidadãos uma gama de mecanismos de informação e de amplo acesso à estrutura do Poder Judiciário, tornando-os mais conscientes dos seus direitos. De mais a mais, ampliou a estrutura do Ministério Público e da Defensoria Pública, o que também faz desaguar numa constante provocação do Judiciário como o “salvador da nação”, bem como lhe deu inúmeros mecanismos de controle de constitucionalidade. Vejamos a lição de Barroso, nesse sentido:

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2009).

Diante desse panorama, após a Constituição de 1988, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” (BARROSO, 2009).

Pela abordagem feita, a definição de acesso à justiça deve ter uma hermenêutica extensiva, através da qual novos mecanismos e instituições surjam com o objetivo de solucionar litígios e promover justiça.

Se, num primeiro momento, era a pobreza o grande entrave de acesso à justiça, nesse segundo momento é o próprio processo judicial o ponto de incompatibilidade para a efetivação desse direito fundamental. Nesse sentido, Cappelletti e Garth entendem que, diante de certas espécies de litígio, o processo judicial passa a não ser a melhor ferramenta para a solução. Propõem, destarte, alternativas aos procedimentos judiciais, como forma de desafogar o Poder Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

O Poder Judiciário passa a ser a última opção para fins de solução de conflitos, ou seja, apenas os resíduos de conflitos que não encontrem desfecho em vias alternativas, menos burocráticas e mais céleres é que passariam pelo crivo do Poder Judiciário. Mitiga-se a universalização da tutela jurisdicional, em que o processo judicial é a única ferramenta capaz de tutelar a jurisdição a quem tem direito (DINAMARCO, 1996).

É nesse contexto que ressurgem as formas de resolução de conflitos alternativas à jurisdição, em detrimento da intervenção do Estado-juiz, em que os indivíduos abrem mão do seu direito de ação e passam a tolerar outras fontes decisórias, impulsionando a celeridade no deslinde das demandas. São os institutos da arbitragem, da conciliação e da mediação, que assumem uma nova feição ante a essa terceira onda proposta por Cappelletti e Garth.

Para os autores, tais mecanismos visam tratar de conflitos mais simples, através de uma justiça coexistencial e participativa, que envolvam partes que mantenham um contato próximo, em que se estimule a compreensão e a tolerância, alcançando-se um processo mais ético e contributivo.

Os instrumentos em comento não foram banidos do ordenamento jurídico ou mantêm contraste com o sistema de acesso ao Poder Judiciário, porém busca-se, como proposta, uma mitigação do acesso à justiça através do Poder judiciário, este último reconhecendo a autoexecutoriedade e a definitividade das decisões extraprocessuais, desde que respeitadas as demais garantias processuais, a exemplo da ampla defesa e do contraditório. Vejamos a lição de Mancuso:

Por conta disso tudo é hoje de se almejar o reconhecimento de uma jurisdição compartilhada (superando a fase da jurisdição monopolizada pelo Estado), na esteira da democracia participativa e da sociedade pluralista almejada pela Constituição Federal, por modo que o processo judicial possa ir se libertando do sentido agressivo-adversarial que o estigmatizou durante tanto tempo e assim vá se convertendo num locus de debate entre os sujeitos parciais (e mesmo eventual interveniente, tal o *amicus curiae*) e o sujeito imparcial, o juiz, encarregado de decidir a demanda, num ambiente de mútua colaboração, informado pela unidade de fim: a outorga, efetiva e tempestiva, do valor, do bem da vida, a quem de direito (MANCUSO, 2011).

É através desses mecanismos que se estimula a humildade do Poder Judiciário em reconhecer que o acesso à verdadeira justiça não passa, tão somente, pelas decisões que dele emanam. Já são outros os tempos e a garantia do acesso à justiça deve ser interpretada à luz da dignidade da pessoa humana, possibilitando deslindes mais justos e céleres aos cidadãos, ainda que fora do Poder Judiciário.

Em que pese a Constituição Federal brasileira ser considerada uma das mais revolucionárias do mundo, em razão de ter rompido paradigmas de um regime ditatorial que perdurou por mais de 20 anos, muitas das promessas de modernidade do seu texto sequer foram implementadas. Sobre isso, escreve Lenio Streck:

No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos do processo constituinte de 1986-88, ainda estão no aguardo de sua implementação. Velhos paradigmas de Direito provocam desvio na compreensão do sentido de Constituição (...). Antigas teorias acerca da Constituição e da legislação ainda povoam o imaginário dos juristas, a partir da divisão entre ‘jurisdição constitucional’ e ‘jurisdição ordinária’, entre ‘constitucionalidade’ e ‘legalidade’, como se fosse mundos distintos, separáveis metafisicamente, a partir do esquecimento daquilo que Heidegger chamou de diferença ontológica (STRECK, 2007).

Esse fenômeno é tratado por Streck denominado de “baixa constitucionalidade”, e consiste no fato de que a Constituição, em muitos dos seus aspectos, ainda não foi admitida enquanto ordem fundamental da sociedade e do Estado, visto que muitas de suas promessas estão porvir.

Contextualizando, a baixa constitucionalidade se manifesta quando, em nome do acesso à justiça enquanto direito fundamental, alicerçado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mecanismos de solução alternativa de conflitos são subjugados por uma obrigatória intervenção do Poder Judiciário para dizer o direito.

Nesse panorama, os procedimentos autocompositivos valorizadores do diálogo, cooperação e respeito entre as partes, a exemplo da conciliação, da mediação, da arbitragem e, na seara penal, a Justiça Restaurativa, se fazem necessários.

Na esfera penal, a posição do acusado não é voluntária, em razão dos interesses tutelados, submetido ao Poder Judiciário independente de sua vontade. Ainda assim, não se pode deixar de aplicar a garantia do acesso à justiça, interpretada sob à luz da dignidade da pessoa humana.

A necessidade de intervenção do Poder Judiciário nas demandas criminais é, antes de tudo, uma procura forçada pelo que se estabeleceu de justiça no contexto social atual. Nesses termos, novos mecanismos de acesso à verdadeira justiça também devem ser estimulados nas demandas penais, visando à proteção dos direitos fundamentais da sociedade e do acusado, bem como participação igualitária e eficiente na construção de uma solução. Essa solução pode ser construída através de agências de controle informal, tais como a comunidade, a igreja, a escola, dentre outras.

Portanto, garantir o acesso à justiça não se resume ao ajuizamento de uma demanda no Poder Judiciário, mas atuar enquanto protagonista da construção do deslinde da causa, valorizando-se e empoderando-se as partes, através de um processo construtivo de diálogo, cooperação e respeito.

1.5 A DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS NA VISÃO DE LUIS ALBERTO WARAT

1.5.1 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E O PARADIGMA DA DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS

A crise do Poder Judiciário é manifesta, o que faz gerar nos jurisdicionados um nível alto de insatisfação, posto que a justiça, muitas vezes, não é alcançada. É, na verdade, uma crise do Estado, que reflete em todas as outras instituições. Nas lições de Theobaldo Spengler Neto e Fabiana Mario Spengler:

O judiciário encontra-se no centro dos principais debates das últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises, das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político. Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2011).

As razões da insatisfação passam pelo número elevado de demandas, a falta de celeridade, pela demasiada burocracia, pela falta de efetividade das decisões dos juízes, dentre outras causas.

Como resultado, a ineficiência do Poder Judiciário contribui pra que inúmeros direitos individuais dos cidadãos deixem de ser efetivados, em especial a garantia constitucional do acesso à justiça, atingindo frontalmente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Assim, torna-se obrigação estatal proporcionar uma “justiça confiável, independente, imparcial, e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade” (SCHNEIDER, 2013).

Conscientes dos seus direitos e das obrigações estatais, os cidadãos passam a exigir do Estado uma prestação jurisdicional eficiente, o que implica em eliminar todas as mazelas que desaguam na crise do Poder Judiciário, maculando a sua imagem e prestígio.

A principal razão impulsionadora da crise do Poder Judiciário é a falta de celeridade processual. A demora na prestação jurisdicional, motivada por uma demasiada burocracia e morosidade processual, é a maior queixa entre os jurisdicionados. Na definição de acesso à justiça, a sociedade não se conforma mais em exercer o seu “direito de petição”, mas também exige do Estado meios eficazes para a concretização de tais direitos.

Outra razão que contribui para o descrédito do Poder Judiciário enquanto instrumento de pacificação social é o custo processual, que emperra o alcance da justiça. Consoante a primeira onda renovatória de acesso à justiça proposta por Cappelletti e Garth, a assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes através da Defensoria Pública mostra-se importante instrumento para garantir acesso à justiça aos mais necessitados.

Some-se a estas razões, a falta de estrutura do Poder Judiciário, em razão de número insuficientes de juízes e serventuários, o que implica em procrastinação dos processos, fazendo-se necessário que mudanças estruturais sejam implementadas como forma de viabilizar o acesso à justiça, tornando o processo mais célere, eficaz e contribuindo para a efetiva prestação da justiça.

Diante desse panorama, o Estado deve estimular outros mecanismos de acesso à justiça, especialmente as formas pacíficas de resolução de conflitos. Para Fernanda Tartuce Silva, a finalidade do acesso à justiça não perpassa, necessariamente, na intervenção estatal através do Poder Judiciário, mas que “a justiça possa ser realizada no contexto em que se inserem as partes, com a salvaguarda da imparcialidade de decisão e da igualdade efetiva das partes” (SILVA FT, 2007).

A mesma autora considera que a resolução dos problemas que atingem o Judiciário não pode ser enfrentada de maneira individualizada, exigindo uma atuação simultânea a enfrentar todas as mazelas que empacam o verdadeiro acesso à justiça:

Assim, todos os problemas devem ser enfrentados simultaneamente, buscando-se o aperfeiçoamento do acesso à justiça aos necessitados, além de um aprimoramento nas regras processuais e na administração da justiça, sem descuidar de proporcionar mecanismos diferenciados para conflitos que possam ser mais eficazmente tratados por técnicas diferenciadas. Nessa medida, devem ser consideradas múltiplas abordagens e diretrizes ao tratarmos do tema da justiça (SILVA FT, 2007).

Portanto, a correção dessas questões pontuais que atingem o Poder Judiciário teria como meta a implementação do acesso à justiça, muito embora a desjudicialização de conflitos seja uma alternativa viável a curto prazo, através de mecanismos menos burocráticos, mais céleres e mais eficazes de pacificação social.

A desjudicialização de conflitos passa necessariamente por uma mudança de paradigma na formação dos operadores do direito, no sentido de, desde os bancos dos cursos de Direito, haver o estímulo a resolução de conflitos em ambientes distantes do Poder Judiciário.

E aqui não se está a defender uma opção ideológica, mas sim uma flagrante necessidade. Percebe-se que outros setores sociais podem assumir a atribuição de solucionar conflitos. Nas palavras de João de Almeida:

Devem ser reservados aos magistrados, sob esta nova ótica, aqueles atos em que há real necessidade de sua participação, ou seja, a apreciação dos litígios em que deverão ocorrer decisões que passem em julgado formal e materialmente. O Judiciário pode ser desafogado naquelas hipóteses que abranjam os procedimentos de jurisdição voluntária, bem como naquelas que envolvam a prática de atos materiais que não possuam conteúdo eminentemente decisório e mesmo pela via arbitral, em que a decisão ocorre e passa em julgado, com excelentes resultados (ALMEIDA, 2011).

Neste mesmo sentido pontuou Boaventura de Souza Santos, quando sintetizou que a inovação nas formas de solução de conflitos através de uma mudança de atitude e mentalidade na formação dos operadores do direito é alternativa viável para se desestimular a provocação do Poder Judiciário como instrumento de acesso à justiça (SANTOS, 1999).

Assim, o primeiro passo para essa mudança de paradigma deve começar nos cursos de Direito, em que o viés do conflito e de sua resolução através do Poder Judiciário deixem de ser referência e se proponha uma alteração na grade curricular para que a desjudicialização dos litígios seja vista com bons olhos, através do empoderamento responsável das partes na solução do conflito. Com essa nova perspectiva, a sociedade caminharia, paulatinamente, para a busca da justiça desatrelada do Poder Estatal.

1.5.2 O SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS POR LUIS ALBERTO WARAT

O ensino jurídico no Brasil adota aquilo que Luís Alberto Warat denominou, na década de 80, de senso comum teórico dos juristas (SCTJ), que, segundo o autor, é “uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam.” (WARAT, 1994).

Diante disso, o que se vê é a disseminação de cursos de direito que dão ênfase a um ensino dogmático-jurídico, desprovido de caráter crítico-argumentativo, com destaque para esquemas e “decorebas”, afastando-se de questões iminentemente epistemológicas.

A teoria apontada aduz que existe uma linguagem eletrificada e invisível entre os Operadores do Direito, que estabelece um eco de representações e ideias as quais são atingidas pela segurança de um saber imutável. (WARAT, 1994).

Em outras palavras, os juristas, no exercício do seu labor, estão impregnados de valores implícitos que se tornam verdades jurídicas incontestáveis, reproduzidas acriticamente. Deste modo, a significação dada ou construída via senso comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz os valores, sem, porém, explicá-los. Nas lições de Streck colhe-se a seguinte definição:

O sentido comum teórico dos juristas é, assim, o conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública. Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teleológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por meio da dogmática jurídica. Difusamente, é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do direito. Pode ser entendido, ainda, como uma racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas. Tal racionalidade aparece de vários modos e maneiras e configura a instância de pré-compreensão do conteúdo e os efeitos dos discursos de verdade do Direito, assim como também incide sobre a pré-compreensão que regula a atuação os produtores e usuários dos discursos do e sobre o direito. (STRECK, 2012b).

Nos cursos de Direito, desde os primeiros semestres, a repetição às cegas de conceitos, fórmulas, ficções, utopias, dentre outros, faz evidenciar o senso comum teórico dos juristas, posto que os professores expõem o conteúdo sem que haja um juízo crítico-argumentativo deles e dos alunos, inviabilizando o pensar. Trata-se de uma mera repetição daquilo já reproduzido no passado, impossibilitando o surgimento do novo conhecimento. Nas lições de Warat:

Repetir o passado é uma forma de esgotar o presente, de desestimar sua força criativa, de introduzir uma pulsão destrutiva: uma forma de instalar a apatia e o cinismo como condições da transmodernidade (WARAT, 1997).

O autor não nega o valor do positivismo, porém critica o dogmatismo exacerbado, manifestado através do senso comum teórico dos juristas, pois entende que:

[...] a questão do jurídico não passa pela necessidade de simular um Estado absolutamente controlado pela lei, graças à previsão da existência de uma razão com suficiente força para garantir o caráter ético do Estado, e sim pela compreensão de que o homem tem direito a ter direitos” (WARAT, 1994).

Nesse mesmo panorama, Streck considera que o ensino jurídico brasileiro é incompleto, equivocado e que serve como fundamento para uma lógica que estabeleça uma sociedade estática, sem muitos questionamentos direcionados para uma transformação. (STRECK, 2007).

Assim, ainda que os operadores do direito percebam que o Poder Judiciário esteja em crise por não conseguir uma prestação jurisdicional efetiva e célere, a crença da cultura da litigância é disseminada nos cursos de direito, desaguando em um Poder Judiciário que não consegue dar conta das expectativas.

Daí que a expressão “operador do direito” encaixa-se perfeitamente, pois o homem perde o seu caráter inovador e passa a ser um mero objeto de programação, em um verdadeiro cenário de alienação. Tal assertiva é perceptível no ensino jurídico atual: os alunos assimilam verdades prontas que são expostas pelos professores, notadamente quanto à necessidade de provocação do Poder Judiciário para solução de conflitos, sem que haja questionamentos ou mesmo proposições para a produção de um novo saber.

Fato que impulsiona a incapacidade de se produzir um juízo crítico-argumentativo em sala de aula merecedor de destaque é a formação das grades curriculares dos cursos de Direito, que dão ênfase à disciplinas dogmáticas e conservadoras em detrimento daquelas que contribuem para a formação de um pensar reflexivo. Nesse sentido, o ensino jurídico se desvincula dos problemas da sociedade e contribui para a formação de profissionais desalinhados com as transformações a serem promovidas socialmente. Nas palavras de Boaventura de Souza Santos:

O paradigma jurídico-dogmático que domina o ensino nas faculdades de direito não tem conseguido ver que na sociedade circulam várias formas de poder, de direito e de conhecimentos que vão muito além do que cabe nos seus postulados. Com a tentativa de eliminação de qualquer elemento extra-normativo, as faculdades de direito acabaram criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade. Enquanto locais de circulação dos postulados da dogmática jurídica, têm estado distantes das preocupações sociais e têm servido, em regra, para a formação de profissionais sem um maior comprometimento com os problemas sociais. (SANTOS, 2008).

Como reflexo, o senso comum teórico dos juristas produz uma conformidade e aceitação dos operadores do direito, especialmente nas salas de aula dos cursos jurídicos, como também em outras searas do Direito, a exemplo da atuação dos Magistrados, Advogados, Membros do Ministério Público, dentre outros. O jurista passa a ter medo do desconhecido, aceitando e consentindo com as verdades reproduzidas ao invés de enfrentá-las no intuito de desempenhar a tarefa de compreensão daquilo que não foi dito.

A tese waratiana, contudo, apresenta alternativas ao senso comum teórico dos juristas, a exemplo do desenvolvimento de “utopias eficientes” como forma de forjar o marasmo e a falta de iniciativa em sala de aula para uma proposta crítico-argumentativa do Direito, em que os envolvidos na relação de aprendizagem desenvolvam sua sensibilidade como forma de incremento de um direito mais humano. Nas lições de Luiz Fernando Coelho:

A crítica do direito exige a visão prospectiva e transformadora de seu objeto teórico, o que nos conduzirá ao resgate da utopia, à revivescência das ideias do iluminismo e do sentido de luta e conquista que tem caracterizado a jusfilosofia através da história (COELHO, 2013).

Portanto, não se pode negar a necessidade de implementação de alternativas à metodologia de ensino aplicada nas salas de aulas dos cursos jurídicos, notadamente em razão do caráter dogmático, repetitivo e acrítico, a fim de possibilitar um ensino jurídico que proporcione aos operadores do direito possibilidades de solução de demandas sem a intervenção do Poder Judiciário.

1.5.3 A DESCONSTRUÇÃO DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS ATRAVÉS DA SENSIBILIZAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DO OPERADOR DO DIREITO

Como forma de demonstrar o senso comum teórico dos juristas, Warat cunhou uma expressão que, num primeiro momento, soa engraçada: pinguinização. Trata-se de um conjunto de hábitos e comportamentos que reveste o senso comum teórico dos juristas, permeado pelo dogmatismo positivista, desatrelado de um juízo crítico-reflexivo.

O autor explica que o curioso nome surgiu de um filme assistido, que contava a história de um pavão que passou a integrar por uma organização de pinguins. De início, o pavão adotava os seus próprios hábitos, o que causava estranheza e descontentamento ao grupo dos pinguins. Ao longo do convívio, os pinguins passaram a reproduzir os seus comportamentos a fim de induzir o pavão a comportar-se como pinguim.

Nos cursos de direito também há uma pinguinização: os alunos devem comportar-se de acordo com as regras instituídas, especialmente no que diz respeito à metodologia aplicada, iminentemente dogmática-normativa. E não há oposição dos discentes, infelizmente.

Como resultado da pinguinização em sala de aula surge uma falta de estímulo e criatividade do aluno, que só se preocupa em decorar e reproduzir aquilo que lhe é repassado pelo professor.

Assim, é que são formados os operadores do direito, expressão que denota que o jurista faz parte de uma engrenagem que lhe permite, tão somente, manusear o direito, sem, contudo, inovar, criar uma nova realidade social.

Porém, Warat alerta que “temos que buscar outras concepções de direito que não sejam normativas [...], pois já que o normativismo está em crise, a concepção tradicional do direito está em crise, se deve buscar certos apelos para deslocar-se um pouco.” (WARAT, 2006).

E a alternativa apresentada é o resgate da sensibilidade do operador do direito, que consiste na superação da alienação tecnicista promovida pelos cursos de direito, em que a crença pela verdade dogmática cerceia o juízo crítico, para uma formação mais humanista do jurista, tornando-os verdadeiros aliados do processo construtivo e reflexivo do direito. Isso passa pelo fato de que o operador do direito não deve entender apenas de normas jurídicas, mas principalmente de pessoas. Nesse mesmo sentido é a lição de Michel Maffesoli, quando

diz que “[...] é preciso, imediatamente, mobilizar todas as capacidades que estão em poder do intelecto humano, inclusive as da sensibilidade.” (MAFFESOLI, 2005).

Na prática, percebe-se que a proposta de cursos jurídicos mais críticos não se coaduna com aquilo que é oferecido aos alunos pelas faculdades de Direito Brasil afora. Some-se a isso o fato de que os próprios alunos rechaçam qualquer tentativa de instituição de métodos de ensino inovadores. E a dificuldade se dá em razão da criação de um *habitus* no ensino jurídico, em que antigas posturas são reproduzidas sem que haja um juízo reflexivo.

A busca por um jurista mais humano, através do resgate de sua sensibilidade, se mostra possível através de “utopias eficientes” como forma de forjar o marasmo e a falta de iniciativa em sala de aula para uma proposta crítico-argumentativa do Direito.

Tais utopias eficientes exigem, em um primeiro momento, que os operadores do direito, especialmente o professor e o aluno nas salas de aula das faculdades de Direito, desprendam-se da arrogância racionalista e reconheçam suas limitações, a ponto de tirarem as “vendas dos olhos” e possam ver que o dogmatismo positivista não é a resposta para todas as questões jurídicas. É possível ver além quando a aprendizagem se permite alcançar o conhecimento que não se limita aos manuais, leis e jurisprudência reproduzidos repetidamente.

Em um segundo momento, o senso comum teórico é afastado quando as salas de aula estimulam o desenvolvimento da sensibilidade do jurista, que implica em um incremento da percepção e dos sentimentos, em especial a alteridade: o sentimento de colocar-se na posição do outro. Nas lições de Warat, “é ao saber do corpo do outro que as elites das universidades não deram lugar. É a multiversidade de um saber popular apoiado na estética e na sensibilidade que o Direito, em geral, tem que aprender a escutar.” (WARAT, 2006).

Por fim, um terceiro momento, rechaça-se o senso comum teórico através da superação do sedentarismo pedagógico, que consiste na inércia do aluno, que se comporta passivamente e não é estimulado a participar ativamente do processo de construção do conhecimento, uma vez que a metodologia de ensino disseminada nas salas de aula dos cursos jurídicos é iminentemente expositiva, em que o professor mostra-se como o “dono da verdade” e reproduz um conhecimento acrítico, sem qualquer juízo de reflexão, sedentários em seus próprios discursos.

Assim, como alternativa ao modelo tradicional de ensino, Warat propõe uma forma afetiva de ensinar que dê ênfase ao desejo, estimulando o aluno a expor suas experiências e construindo sua subjetividade, que pode ser promovida através de dinâmicas de grupo, teatros, poemas, dentre outros, deixando de lado a tríade lei, doutrina e jurisprudência. O autor diz que:

[...] o professor sedutor incita à construção de um imaginário que procure sua autonomia, quebrando o útero e deslocando o afeto protetor para o prazer sem culpa. Na didática da sedução, busca-se a realização coletiva de um imaginário carnavalizado, onde todos possam despertar para o saber do acasalamento da política com o prazer, da subversão com a alegria, das verdades com a poesia e finalmente da democracia com a polifonia das significações. (WARAT, 2004).

A mudança de paradigma consiste em retirar do objetivo do ensino jurídico a explicação da lei e dos manuais. Deve-se sensibilizar a disseminação do conhecimento jurídico através do protagonismo da convivência humana, em que o saber sensível ganhe maior importância, através do qual professores e alunos se coloquem na condição de humanos e não mais como meros “operadores do direito”, bem como o desenvolvimento de uma postura transdisciplinar, em que o direito se aproxime das demais ciências sociais, comprometidas com a humanização e a sensibilização do ser humano.

No acesso à justiça, a sensibilidade do operador do direito passa pela mudança de mentalidade, no sentido de se estimular novas formas alternativas de solução de litígios, permitindo e aprimorando a participação das partes no encontro da solução. Para se democratizar a justiça, os atores envolvidos no conflito devem participar de forma mais ativa, como protagonistas na construção da solução. Nesse sentido, colaciono o entendimento de Flávia de Almeida Zanferdinni:

É preciso, então, que haja uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, de forma a não apenas resolver rapidamente o conflito, mas também a envolver as partes ativamente na solução de suas controvérsias, dando-lhes oportunidades de colocarem fim de forma responsável às suas diferenças, de maneira mais participativa e democrática do que ocorreria através de decisão adjudicada, após uma longa tramitação processual. Nessas circunstâncias, os denominados meios alternativos de resolução de conflitos apresentam especial importância na democratização do acesso à justiça, tendo em vista que permitem a efetiva participação do cidadão (ZANFERDINI, 2013).

CAPÍTULO 2 – O DIREITO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 DIREITO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, merece destaque o papel exercido pelo Direito Penal no Estado Democrático de Direito, notadamente quanto à missão estatal de intervir na sociedade para limitar a liberdade dos indivíduos diante de comportamentos desviantes.

O Estado Democrático de Direito é concretizado através de um modelo constitucional que valoriza uma democracia participativa, pluralista e social. Democracia participativa porque assegura mecanismos de participação efetiva dos indivíduos na formação da vontade política do Estado, através do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. Democracia pluralista tendo em vista que permite a formação de grupos heterogêneos em sociedade, especialmente quanto a escolhas políticas, partidárias, culturais e ideológicas. Democracia social, pois institui valores basilares aos cidadãos, a exemplo da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, o ordenamento jurídico assume papel de protagonismo, uma vez que se torna mecanismo racionalizador da vontade estatal, impondo os cidadãos aos seus ditames. Trata-se, essencialmente, da positivação de princípios constitucionais, a exemplo da isonomia, da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Assim, uma vez desrespeitado o ordenamento jurídico, o Estado mobiliza o seu aparelho institucionalizado para garantir a segurança das relações sociais, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição.

O Direito Penal tem função essencial de promover a segurança jurídica nas relações sociais estabelecidas no Estado Democrático de Direito, muito além da aplicação de penalidades e a definição de condutas desviantes. Insere-se, desta forma, como mecanismo de proteção da sociedade ao tutelar os bens jurídicos fundamentais.

A limitação de atuação Direito Penal aos princípios que formam a base do Estado Democrático de Direito denota que o seu papel fundamental é, essencialmente, promover a estabilidade social.

A atribuição do Direito Penal é interferir em comportamentos humanos que conflitem com valores fundamentais da convivência social, a exemplo da vida, da liberdade, da propriedade, da intimidade, dentre outros. Com a violação de tais valores, deve ser cominada uma sanção, com o intuito de estimular a aprendizagem e a ressocialização.

No Brasil, o modelo normativo penal visa à proteção de direitos fundamentais de forma eclética, pois tutela direitos das diversas dimensões elencados pela doutrina, sem priorizar direitos de ordem individual ou coletiva, constituindo, assim, uma racionalidade prática, uma vez que equilibra as forças do poder punitivo estatal e a preservação da segurança e da liberdade dos indivíduos. Trata-se de um modelo que agrega valores liberais e sociais ao mesmo tempo, pois deve oportunizar condições mínimas de vida aos cidadãos e tratá-los de forma isonômica (COPETTI, 2000).

De acordo com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e Justiça Penal, a busca por direitos fundamentais deve ser o norte de qualquer sistema penal, através da proteção a bens jurídicos, que não haja excessos nem deficiências (ZAFFARONI, 1984).

Constata-se, portanto, que o Direito Penal, ao enaltecer a aplicação e proteção dos direitos fundamentais, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, intensifica a função de prevenção contra a criminalidade ao mesmo tempo em que limita o arbítrio do poder de punir do Estado. O reflexo dessa proposta, de certa forma, é a preocupação com as necessidades básicas e essenciais do indivíduo, evitando qualquer autoritarismo estatal e concretizando princípios e objetivos perseguidos pela política penal.

Claus Roxin, ao definir a finalidade do Direito Penal, ponderou que ele deve atender simultaneamente a dois objetivos, a saber: atuar no sentido de limitar o papel intervencionista do Estado em sociedade e reprimir os comportamentos humanos desviantes das garantias institucionais (ROXIN, 1988).

Enquanto mecanismo de controle dos comportamentos sociais, o Direito Penal assume posição de maior rigor, especialmente quanto aos resultados produzidos, posto que

reduz a liberdade individual dos indivíduos. Diante disso, o próprio conceito de democracia merece destaque no Estado Democrático de Direito.

A escolha pela democracia estabelece que o Estado é possuidor de poder e de legitimidade e que os indivíduos são sujeitos de deveres, mas, acima de tudo, de direitos.

A Constituição Federal de 1988 instituiu um modelo de democracia material, que busca implementar direitos sociais para todos, e não somente para a maioria, incrementando os direitos individuais e reduzindo o poder do Estado.

Assim, é que a utilização do Direito Penal através da intervenção estatal deve ser feita excepcionalmente, posto que o seu uso remete à limitação da liberdade dos indivíduos. A sua aplicação somente deve ser imposta quando outros meios de controle mostrarem insucesso na solução do conflito e preservação da paz social.

Daí decorre a função subsidiária do Direito Penal, preconizado como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, pelo fato de que se destina à proteção de bens jurídicos somente quando nenhuma outra forma de solucionar o conflito seja satisfatória. Nas lições de André Copetti:

[...] neste aspecto entendemos que o direito penal, pela gravidade das sanções que impõe, deve ser a parte do ordenamento jurídico menos utilizada para tal fim, pois uma exacerbação do ordenamento e da atuação estatal penal para a realização do Estado Social implicaria necessariamente uma violenta redução das liberdades individuais que são, sem dúvida alguma, um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito (COPETTI, 2000).

Nesse contexto, o Estado deve permitir que outras opções menos traumáticas e mais eficazes de solução e conflitos sejam implementadas, sem a necessidade de intervenção penal estatal obrigatória, priorizando meios alternativos de solução conflitos.

2.2 PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS, DIREITO PENAL E INTERVENÇÃO ESTATAL

A proteção dos bens jurídicos é de responsabilidade do Estado, que deve assegurar ferramentas para o convívio harmonioso em sociedade. Assim sendo, o Estado se vale do

Direito Penal como instrumento para proteger os valores fundamentais para a subsistência da sociedade, através de sua prerrogativa de ser o titular do poder de punir.

A sociedade nada mais é que um agrupamento organizado de pessoas que estabelecem entre si uma relação de interdependência e possui como finalidade a consecução do bem comum, que é definido com o conjunto das condições da vida que incrementem o desenvolvimento da personalidade humana.

É por essa razão que na vida em sociedade os anseios de ordem individual são rechaçados em nome da proteção aos interesses comuns às pessoas, constatando-se a noção de interesse público enquanto valor supremo.

Contudo, para o alcance do bem comum em sociedade, os indivíduos devem abrir mão de parcela de suas liberdades, para que possam usufruir do restante com uma certa segurança. Vejamos o que diz Cesare Beccaria sobre o tema:

Somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela da sua liberdade. Disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir (BECCARIA, 2002).

Nesse sentido, o Estado assume o papel de limitador das liberdades individuais dos cidadãos, como forma de promoção do bem comum e de equilíbrio social, ao estabelecer normas de condutas social dotadas de coercitividade.

Sobre a coercitividade, trata-se da principal característica atribuída às normas penais, posto que são capazes de impedir o cometimento de condutas reprováveis através da aplicação de uma penalidade. Nesse mesmo sentido, Salo de Carvalho diz:

O direito se distingue dos outros padrões de imposição deontológica pela sanção (coação institucional): não existe ordem jurídica sem coerção. Diferentemente das instâncias primárias de controle social (associações familiares, escolares, profissionais), cuja manifestação da coação é situada em níveis simbólicos através de diferentes formas de reprovação e/ou exclusão do grupo, o direito sanciona, afirmando determinados valores, com restrições coercitivas dos bens da vida (CARVALHO, 2008).

Desta forma, a norma penal é dotada de coercitividade e é aplicada diante de conflitos humanos, em busca da paz social. Tais conflitos surgem em decorrência do choque de interesses entre os seres humanos, que buscam finitas utilidades para as mais variadas necessidades.

Os conflitos são inerentes à vida em sociedade. De início, remetem à ideia de algo que traz consequências ruins. Porém, podem ter algo de positivo, quando, por exemplo, estimulam a evolução e o dinamismo das relações sociais. Rozane da Rosa Cachapuz diz que o conflito “pode servir para um novo entendimento, como possibilidade de crescimento e mudança, levando as partes a escolherem um método de resolução que se adapte tanto a elas como ao conflito” (CACHAPUZ, 2011). Nas lições de Humberto Lima de Lucena Filho:

O homem é um indivíduo caracterizado pela sua vocação para socialidade e singularidade de formação e comportamento. Em razão disso, é natural que as relações intersubjetivas e até mesmo intergrupais sejam marcadas por divergências de ordens diversas (emocionais, sociais, políticas, ideológicas, familiares, profissionais), as quais podem ser definidas como a gênese de um dos fenômenos mais comuns e recorrentes de qualquer sociedade: o conflito (LUCENA FILHO, 2012).

Em outras palavras, o conflito é um choque entre duas coisas, embate de pessoas, ou grupos opostos, que lutam entre si. É um embate entre duas forças contrárias. É um estado antagônico de ideias, pessoas ou interesses. (BERG, 2012).

Assim, os mecanismos para a resolução de conflitos devem ser legítimos o suficiente, a exemplo do *jus puniendi* estatal, para que se possa extrair uma mudança social positiva.

Porém, percebe-se que, ao longo a evolução histórica, outras formas de resolução de conflitos surgidos em decorrência de uma conduta desviante existiram. Mais precisamente, os meios alternativos de solução de conflitos surgiam antes da jurisdição estatal, que somente ganhou corpo a partir do século XIX,

Na idade média, a justiça comunitária admitia o crime enquanto conflito intersubjetivo que gerava para o ofensor a obrigação de reparar o dano causado. Neste mesmo sentido são as lições de Howard Zehr:

Até a Idade Moderna o crime era visto primariamente num contexto interpessoal. A maior parte dos crimes era retratada essencialmente como um mal cometido contra uma pessoa ou como um conflito interpessoal. Semelhante aos processos civis, o que importava na maior parte dos delitos era o dano efetivamente causado, e não a violação de leis ou da ordem social e moral enquanto abstração. Os males cometidos criavam obrigações e dívidas que de alguma forma tinham que ser cumpridas e saldadas. A briga era um modo de resolver tais situações, mas também a negociação, a restituição e reconciliação, em igual medida. Vítimas e ofensores, bem como parentes a comunidade, desempenhavam papel vital no processo (ZEHR, 2008).

Não havia nesta época, como muito se difunde, a vingança de forma desproporcional, mas a necessidade de se reparar o mal causado à vítima como forma de pacificação social. Vítima e ofensor possuíam papel de protagonismo na resolução do conflito.

Já no Renascimento, com o surgimento dos Estados Modernos, o poder de resolução dos conflitos penais é atribuído apenas ao Estado, pois considerava que toda vez que um comportamento criminoso era praticado, havia duas vítimas: a direta, que efetivamente sofreu as consequências do comportamento praticado e a indireta, vista na figura do monarca.

O poder punitivo estatal representava, desta forma, a soberania do Estado perante as pessoas. A pena tinha uma finalidade essencialmente repressiva, desprovida do sentido de reparar o dano causado à vítima. Sobre o tema, Foucault diz:

O castigo então não pode ser identificado como reparação do dano; deve haver sempre na punição pelo menos uma parte, que é a do príncipe; e mesmo quando se combina com a reparação prevista, ela constitui o elemento mais importante da liquidação penal do crime. Ora, essa parte que toca ao príncipe, em si mesma, não é simples: ela implica, por um lado, na reparação do prejuízo que foi trazido ao reino (a desordem instaurada, o mau exemplo dado, são prejuízos consideráveis que não têm comparação como o que sofrido por um particular); mas implica também em que o rei procure a vingança de uma afronta feita à sua pessoa (FOUCAULT, 2008).

Os castigos públicos tinham a intenção de fortalecer o poder do soberano, identificando a sua força. Contudo, muitas vezes não surtiavam o efeito pretendido, pois os cidadãos se sensibilizavam com a situação do condenado, em razão da severidade da pena impingida. Nas palavras de Foucault:

Em nenhuma outra ocasião do que nesses rituais, organizados para mostrar o crime abominável e o poder invencível, o povo se sentia mais próximo dos

que sofriam a pena; em nenhuma outra ocasião ele se sentia mais ameaçado, como eles, por uma violência legal sem proporção nem medida (FOUCAULT, 2008).

Via-se, portanto, que os severos castigos estremeciam a imagem do soberano, o que resultou na gradual eliminação destas punições desproporcionais.

As revoluções liberais do século XVIII fortaleceram o papel do Estado, comandado por governantes escolhidos pelo povo em decorrência de um contrato social. O Direito Penal passou a admitir penas proporcionais às infrações cometidas, bem como igualdade na aplicação para todos. Nas lições de Beccaria:

Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei (BECCARIA, 2002).

No início do século XIX, a prisão surge como nova modalidade de pena e o que se vê até hoje é que ela se tornou a mais comum entre todos os códigos penais, ainda que estejamos diante de um neoconstitucionalismo consagrador do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não há dúvidas que o Direito Penal, através da intervenção estatal, é a ferramenta que gera consequências mais gravosas na resolução de conflitos, embora muitas vezes se trate de instrumento necessário para a segurança e garantia do bem estar da sociedade. Nas lições de Gomes, Molina e Bianchini:

O Direito penal realiza uma função indispensável porque a vida em comunidade dos seres humanos só se torna viável quando são garantidos eficazmente esses “bens jurídicos”. Se não existisse uma instância superior que procurasse assegurar a inviolabilidade da vida, da saúde, da liberdade etc. não haveria convivência possível. Seria o *bellum omnium contra omnes*! (isto é, guerra de todos contra todos) (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007).

Nesse mesmo sentido, são as lições de Bárbara Hudson, senão vejamos:

Embora, claro, a Justiça Criminal não possa eliminar ou conter todas as desigualdades sociais como um todo, deve certamente fazer o que pode, em

sua própria esfera, para promover a igualdade e outros direitos fundamentais (HUDSON, 2007).

A rigor, o Direito Penal somente intervém nos conflitos em último caso, em última instância, para tutelar os bens jurídicos de maior valia, apenas quando outras ferramentas de solução do conflito se mostrarem ineficientes. A drasticidade da intervenção estatal com o Direito Penal deve ser proporcional à gravidade da conduta que se pretende punir. Nesse sentido, é o ensinamento de Claus Roxin:

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos [...] (ROXIN, 2006).

Ao longo da evolução da sociedade, a intervenção estatal através do Direito Penal se fez necessária para a proteção de todos os bens jurídicos tutelados. Nos dias atuais, a sociedade moderna clama por maior autonomia para a solução dos seus conflitos, o que ratifica a necessidade de outros instrumentos para solucioná-los, que não passem, necessariamente, pela intervenção estatal.

Por óbvio, não se propõe uma desconstrução do sistema até então empregado, mas tão somente uma discussão acerca do quanto a intervenção estatal e o Direito Penal vêm sendo empregados excessivamente, quando outras formas mais pacíficas de solução de conflitos poderiam ser mais eficazes. Inúmeras situações em que há uma conduta desviante demonstram que os mecanismos de solução pacífica de conflitos são anseios da sociedade e da comunidade jurídica em geral, que não mais toleram a atuação de um Poder Judiciário em crise.

O Direito Penal somente deve intervir nos comportamentos humanos desviantes e mobilizar o aparelho estatal titular do *jus puniendi* em última instância, posto que protege apenas os bens jurídicos mais importantes, em decorrência dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

O princípio da subsidiariedade define que o Direito Penal deve ser aplicado em último caso, quando os outros ramos do Direito forem ineficazes para resolver o problema, uma vez que as suas consequências são mais gravosas.

O princípio da fragmentariedade define que o Direito Penal deve se debruçar apenas sobre os tipos penais que atinjam os bens jurídicos de maior relevância. Não são todas as condutas que maculam bens jurídicos que são proibidas pelo Direito Penal, bem como não são todos os bens jurídicos por ele tutelados.

Vivemos um momento em nosso país em que o legislador busca passar uma falsa sensação de segurança à população através de tipificação de novos comportamentos humanos, bem como do endurecimento das penas de determinados ilícitos. Graciano Suxberger, constatando esse fato, afirma que “o direito penal brasileiro tem passado de *ultima ratio* a *prima ratio*, efetuando a construção de verdadeiras ignomínias, motivadoras de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais.” (SUXBERGER, 2005). Nas palavras de Bitencourt:

Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – tem abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas as sanções criminais, que acabam perdendo sua força intimidativa diante da ‘infração legislativa’ reinante nos ordenamentos positivos. (BITENCOURT, 2006).

Como consequência desse incremento dos tipos penais e suas penas, surge o abarrotamento da Justiça Penal com mais e mais processos, decisões judiciais produzidas em escala industrial, bem como a necessidade de que sejam viabilizadas alternativas para se contornar essa situação, a exemplo das formas de resolução pacífica de conflitos, cujo fundamento se extrai da aplicação dos princípios da insignificância e da intervenção mínima.

2.3 PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E INTERVENÇÃO MÍNIMA: FERRAMENTAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS

A principal finalidade do Direito Penal é tutelar os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Assim, aqueles comportamentos humanos que não causam uma lesão ou ameaça de lesão ao valor protegido pela norma penal não devem ser prestigiados pelo Direito Penal, muito menos sofrer a intervenção estatal. Essa é a lógica do princípio da insignificância.

É oriundo do Direito Romano e decorre da expressão *minimins non curat praetor*, que significa que o Estado Juiz somente deve se preocupar com as questões de maior relevância, deixando de lado os casos desprezíveis ou insignificantes.

A introdução no Direito Penal se deu no ano de 1964 e foi feita por Claus Roxin. No Brasil, o princípio foi inicialmente explorado pelo doutrinador Francisco de Assis Toledo, que assim pontuou:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do artigo 334, parágrafo 1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do artigo 312 não pode ser dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amênduas; a injúria, a difamação e a calúnia dos artigos 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem consequências palpáveis; e assim por diante (TOLEDO, 1982).

Um dos principais entraves para a definição do princípio da insignificância é a carência conceitual que ele apresenta, sobretudo o fato de que a sua aplicação decorrer do caso em concreto, cabendo ao julgador fazer uma análise casuística. Por outro lado, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência vêm sistematizando os critérios objetivos definidores da sua aplicação, dentro do caráter subsidiário e fragmentário já expostos.

Trata-se de uma forma de interpretação que assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma justiça penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral.

Importante ressaltar que a aplicação do princípio da insignificância não deve assumir a conotação de insegurança jurídica. O que se busca é a aplicação de outros meios pacíficos para a resolução do conflito para os casos de incidência do princípio comentado.

Posição majoritária na doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores entende que a insignificância incide como causa supralegal que exclui a tipicidade. Não mais se admite uma lógica subsuntiva, de aplicação do fato à norma, em um mero juízo formal de tipicidade. Exige-se que o comportamento humano seja materialmente típico, escorado um conteúdo valorativo e não somente descritivo. Neste mesmo sentido, transcrevo a lição de Francisco de Assis Toledo:

A tipicidade não se esgota na subsunção formal do fato ao tipo, a descrição típica deve ser lesiva a um bem jurídico. Assim, afirma-se que o comportamento humano para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética, ou socialmente reprovável (TOLEDO, 1986).

Por fato materialmente típico, deve-se fazer uma avaliação sobre a conduta e o resultado por ela produzido. Se a conduta contribuiu para a realização do resultado almejado pelo autor e se o bem jurídico atacado for relevante, bem como a dano provocado tenha sido grave, o comportamento se enquadrará enquanto materialmente típico.

Na aplicação do princípio da insignificância, ocorre um desvalor da conduta, do resultado ou de ambos, de acordo com cada caso concreto.

Desta forma, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem aplicado os seguintes critérios para verificação da aplicação do Princípio da Insignificância: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Tais critérios possuem conteúdo normativo, portanto devem ser valorados pelo magistrado casuisticamente.

Ademais, embora os Tribunais Superiores se posicionem pela necessidade de cumulação de todos os critérios para aplicação do princípio em comento, entendo que tal posição não deve prosperar. Como a insignificância pode ser em razão da conduta, do resultado ou de ambos, não há necessidade de conjugação dos 4 (quatro) elementos sistematizados pela jurisprudência.

Assim sendo, se houver um desvalor da conduta, deverão ser demonstrados os 3 (três) elementos atinentes à conduta (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento).

Por outro lado, se houver um desvalor do resultado, deverá ser demonstrado o elemento inexpressividade da lesão jurídica provocada. Por sua vez, se houver um desvalor de ambos, todos os elementos deverão ser demonstrados.

Portanto, considerando que ao Poder Judiciário somente devem ser levadas questões de extrema relevância, o princípio da insignificância serve como instrumento impulsionador da implementação de políticas de resolução pacífica de conflitos.

O princípio da intervenção mínima serve como garantia aos cidadãos de preservação dos seus direitos individuais, limitando a atuação estatal apenas aos casos em que há uma efetiva lesão ou ameaça de lesão à bem jurídico relevante.

Trata-se de princípio que orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelarem suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. (BITENCOURT, 2006).

Ressalte-se que a intervenção mínima não está expressamente prevista no Texto Constitucional, pois se trata de um princípio constitucional implícito.

Não se pode deixar de fazer uma ligação da intervenção mínima com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que toda punição aplicada, bem como procedimento adotado para a aplicação, não pode ultrapassar o limite necessário, sendo a intervenção mínima do Direito Penal inerente ao Estado Democrático de Direito.

A principal função, portanto, desse princípio é promover a mínima intervenção do Estado na esfera da liberdade da pessoa, através de mecanismos que, de forma menos traumática, consigam solucionar o conflito.

2.4 ACESSO À JUSTIÇA PENAL, GARANTISMO E DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS

Como já visto em tópicos anteriores, o acesso à justiça é direito fundamental consagrado nos textos constitucionais, principalmente por ser um direito que assegura o alcance de outros direitos, estando previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Nos estudos de Marco Antônio Marques da Silva, o acesso à justiça se vincula ao oferecimento de um tratamento adequado às partes envolvidas, bem como interpretação e aplicação das normas penais e processuais penais à luz dos direitos fundamentais e das garantias dos cidadãos. A crise no modelo atual de solução de conflitos penais requer mudança nos procedimentos adotados para que formas alternativas de solução de conflitos sejam adotadas (SILVA MAM, 2001).

O acesso à justiça se trata de direito fundamental que se concretiza através do princípio da dignidade da pessoa humana, exigindo que a solução dos conflitos oportunize uma “igualdade de armas” (CAPELLETI; GARTH, 1988) entre as partes envolvidas.

No caso das demandas penais, no modelo de justiça penal atualmente adotado, não há que se falar em “igualdades de armas” entre os atores envolvidos, tendo em vista que o modelo do *jus puniendi* estatal dá poder tão somente ao Estado, através do Poder Judiciário, que tem o dever de proporcionar ao conflito sua solução, muitas vezes sem a aquiescência dos verdadeiros envolvidos na lide (ofensor, vítima e comunidade).

De mais a mais, o Estado atua exercendo papel ambíguo na construção e acesso à justiça penal, pois ao mesmo tempo que tem o dever de proporcionar a solução justa para o conflito (pelas decisões oriundas do Poder Judiciário), atua como órgão acusador (através do Ministério Público), bem como atua na defesa do acusado (através da Defensoria Pública).

Assim, para as partes envolvidas nos conflitos penais, especialmente ofensor e vítima, o acesso à justiça se dá de forma forçada, com uma necessária intervenção do Estado através do Poder Judiciário. Não há no processo criminal um espaço democrático que permita, efetivamente, a participação das partes envolvidas nas fases do procedimento.

Nesse contexto, é possível destacar uma hipossuficiência das partes relacionadas ao conflito penal na construção da justiça, notadamente o ofensor, em função da ausente democracia no deslinde do conflito, bem como em razão das características inquisitórias do processo penal, que serve como mecanismo de controle sobre o acusado.

Somado a isto, o ofensor ainda precisa superar alguns outros obstáculos para o acesso à justiça através da intervenção estatal, especialmente no que diz respeito ao aspecto cultural, social e econômico. É maior o distanciamento das partes envolvidas nas demandas penais em relação à administração da justiça pelo Estado quando se trata de pessoas com fatores econômicos, sociais e culturais desprivilegiados (SANTOS, 1999).

Outro ponto merecedor de destaque é a crise do sistema penal atual em razão da impossibilidade estatal de dar respostas adequadas a todos os conflitos penais praticados em sociedade, o que faz surgir uma seletividade natural dos conflitos a serem apreciados pelo Estado, que possui como característica uma orientação que direciona a atuação estatal para determinados crimes e atores, especialmente de camadas sociais mais humildes, refletindo-se em um modelo penal simbólico (ZACKSESKI, 2000).

Não há que se falar, portanto, em “igualdade de armas” para a administração da justiça no âmbito penal, uma vez que aos atores envolvidos no conflito não são assegurados direitos fundamentais para um efetivo e justo acesso à justiça, especialmente em razão da falta de protagonismo para resolução do conflito.

O resultado não poderia ser outro: a justiça penal estatal em crise se torna produtora de sentenças criminais sem as cautelas necessárias, notadamente quanto à formação da convicção para condenar, posto que ao Poder Judiciário, em razão da sistemática adotada, é quase que impossível penetrar no mundo do ofensor, o que viabiliza um juízo de convicção através de estereótipos e estigmatizações, notadamente quanto àqueles acusados provenientes de posições inferiores na sociedade (BARATTA, 2002).

Conclui-se, assim, que o acesso à justiça penal conforme o modelo atualmente adotado não traz o ajuste social buscado para o conflito, uma vez que inviabiliza a construção da verdadeira justiça através da participação dos envolvidos.

Luigi Ferrajoli considera que há um dado presente no modelo de justiça penal através do intervencionismo estatal: “la extrema desigualdad de las personas frente a la justicia” (FERRAJOLI, 2008). O sistema punitivo produz trágicos resultados em razão da desigualdade que se situam os atores do conflito e o Estado, titular do poder de punir.

E o modelo de obrigatória intervenção estatal para a solução dos conflitos penais tem no Direito Penal a principal ferramenta para a manutenção do *status quo*. Nas lições de

Morais da Rosa, o Direito Penal “possui papel estratégico na manutenção do sistema” (ROSA, 2007), qual seja, a utilização do modelo intervencionista estatal para solução das demandas sem a observância às garantias constitucionais e em desrespeito aos direitos das partes envolvidas na lide.

Ferrajoli diz que tal situação atinge frontalmente as garantias fundamentais do cidadão no âmbito penal, notadamente ao tratar da desigualdade das partes envolvidas no conflito penal em relação ao Estado. O autor pontua que são “políticas interessadas somente em reflajar y secundar por ello mismo em alimentar, los miedos y los humores repressivos presentes en la sociedad” (FERRAJOLI, 2008).

Para Ferrajoli, o garantismo penal deve ser visto atrelado necessariamente aos direitos fundamentais, notadamente os direitos à liberdade e à isonomia entre as partes envolvidas na lide penal, devendo ser reconhecido de forma universal, para todos e de igual forma e medida. A legitimidade da intervenção estatal obrigatória nas demandas criminais possui uma profunda ligação com o garantismo penal, com a igualdade e com a democracia (FERRAJOLI, 2008).

Dessa forma, é que as partes envolvidas na lide penal devem ser vistas como autênticos sujeitos de direitos fundamentais. Nesse sentido, são as palavras de Antoine Garapon:

Os sujeitos de direito, diferentemente dos sujeitos do direito, são ao mesmo tempo dotados de direitos e co-autores do direito. Ter direitos é ter, antes de tudo, o direito de participar do debate sobre o direito, de ser autor direta e indiretamente do seu próprio direito. Restituir ao indivíduo dominado, determinado, sob pressão da exclusão social, sua dignidade como sujeito de direito, despertando nele sua vocação soberana (GARAPON, 2001).

Eugênio Pacceli de Oliveira considera que a igualdade de partes na construção da justiça depende de uma hermenêutica constitucional do direito fundamental do acesso à justiça mais arrojada. Nesse sentido:

Será necessária a adoção de critérios hermenêuticos que possibilitem a materialização do equilíbrio desejado, de tal maneira que o acusado passe a ocupar uma posição de aparente vantagem no desenvolver-se do processo (OLIVEIRA, 2004).

Entretanto, o que se vê nos dias atuais é um total desrespeito às garantias do cidadão, especialmente pela violação de seus direitos fundamentais (aí se inclui o direito fundamental do acesso à justiça), ainda que formalmente previstos no texto constitucional. O modelo de acesso à justiça no âmbito penal deve, essencialmente, garantir às partes envolvidas um tratamento isonômico, tornando-as protagonistas na construção do melhor caminho para a solução do conflito.

Diante disso, é que a garantia do acesso à justiça não deve ser confundida com acesso ao Poder Judiciário. A desjudicialização de conflitos passa a ser uma ferramenta para a incapacidade dos tribunais de dar soluções às lides em tempo hábil, bem como rechaça o excesso de formalidades processuais e diminui os custos para a resolução do conflito.

Tratam-se de mecanismos que retiram do Poder Judiciário a competência para a resolução de conflitos e transferem para meios de controle não judiciais da sociedade, que aliviam a carga de trabalho da Justiça estatal e proporcionem efetividade e idoneidade às soluções propostas. Buscam, essencialmente, diminuir a sobrecarga de demandas que atingem o Poder Judiciário, trazendo soluções mais céleres. Nesse sentido, são as lições de Luís Francisco Aguillar Cortez:

A abertura do sistema judiciário à sociedade consiste, inicialmente, na modificação dos seus canais de acesso e processamento das demandas, direcionando-os ao combate dos reconhecidos males nacionais, ligados à desigualdade e ao déficit de cidadania. De outra parte, consiste na reestruturação dos seus órgãos e da magistratura, para dar efetividade à prestação jurisdicional naquilo que ela é mais exigida no momento, o combate à morosidade processual, à corrupção e à impunidade, evitando o imobilismo corporativista e o conformismo institucional (CORTEZ, 2004).

A sociedade clama por uma resposta aos seus conflitos, que não frustre os anseios do jurisdicionado. A oferta pela justiça deve ser interpretada de forma mais ampla possível, não se restringindo ao Poder Judiciário, tão somente. Os mecanismos alternativos de resolução dos conflitos surgem com esse intuito e importância, portanto.

CAPÍTULO 3 – MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 ANÁLISE E EVOLUÇÃO DAS POLÍTICAS DE RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS

Uma vez instaurado um conflito, é preciso encontrar formas de solucioná-lo. Nas palavras de Luís Alberto Warat, “não se pode evitar ou suprimir o conflito, de modo que é preciso encontrar formas de criar condições para estimular um confronto construtivo e vivificante” (WARAT, 1995).

Ocorre que, para a melhor resposta ao conflito, deve ser utilizada a ferramenta mais adequada, no sentido de se aplicar uma estratégia específica a se alcançar uma solução satisfatória para as partes.

Existem métodos de solução de conflitos que são construtivos, pois fortalecem a relação social existente antes da disputa, bem como meios de solução de conflitos destrutivos, que rompem a relação social preexistente.

Dessa forma, levando-se em consideração o viés construtivo de solução de conflitos, ele passa a ser encarado enquanto um elemento natural da condição humana que serve, muitas vezes, para contribuir positivamente nas relações sociais. Assim, a resolução desses conflitos deve admitir soluções variadas, além da prestação jurisdicional do Estado, ainda que uma não exclua a aplicação da outra, nem mesmo possa ser considerada melhor que a outra. São, na verdade, formas complementares de solução de conflitos. Nesse mesmo sentido é a previsão do Manual de mediação judicial:

A discussão acerca da introdução de mecanismos que permitam que os processos de resolução de disputas tornem-se progressivamente construtivos necessariamente deve ultrapassar a simplificada e equivocada conclusão de que, abstratamente, um processo de resolução de disputas é melhor do que outro. Devem ser desconsideradas também soluções generalistas como se a mediação ou a conciliação fossem panaceias para um sistema em crise. Dos resultados obtidos no Brasil, conclui-se que não há como impor um único procedimento autocompositivo em todo o território nacional ante relevantes diferenças nas realidades fáticas em razão das quais foram elaboradas (BRASIL, 2012).

Daí que os mecanismos alternativos de solução de conflitos ganharam destaque, ainda que muitos operadores do direito desconheçam sua efetividade.

A expressão meios alternativos de solução de conflitos é de origem inglesa, decorrente de “alternative dispute resolution”, cunhada pelo professor Frank Sander, da Harvard Law School. Tratam-se de vários métodos de resolução de disputas de interesses que buscam mostrar um resultado satisfatório ao solucionar a lide, sem a necessária intervenção do aparato estatal através do Poder Judiciário.

O surgimento remete a negociações no campo comercial e político, embora tenham se mostrado eficazes na resolução das lides jurídicas, pela crise do Poder Judiciário na prestação jurisdicional.

Eclodiram, inicialmente, nos Estados Unidos, a partir dos anos 70. Tais mecanismos eram pautados na solidariedade e na humanização na resolução das querelas, bem como tiravam o foco da punição e privilegiavam a reparação do dano. Sobre o tema assim discorreu a psicanalista Malvina Ester Muskat:

Desde os anos de 1960, a cultura ocidental, narrada pelas lutas a favor dos direitos civis, sociais, políticos e econômicos, vem se voltando para uma reflexão sobre as leis e suas formas de aplicação. No século XXI, a preocupação com a justiça tem sua face voltada para a solidariedade, a pacificação e a humanização dos processos litigiosos. Nesse novo contexto, a ética da reparação surge como alternativa ou complemento a moral da punição. O afeto aparece como novo valor jurídico e restitui ao sujeito de direito sua aspiração. (MUSKAT, 2008).

Luiz Antunes Caetano também corrobora este entendimento lecionando que:

[...] os meios alternativos da solução de conflitos são ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômicos e eficazes. Deles é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e sua solução são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito. (CAETANO, 2002).

Basicamente, os meios alternativos de solução de conflitos dividem-se na autocomposição e na heterocomposição. Na primeira, as partes envolvidas chegam em uma solução para o caso sem a necessária intervenção de uma terceira pessoa, através de uma

participação ativa pautada no diálogo e no debate. Já na segunda, há a presença de um intermediário, cujas espécies são a arbitragem, a conciliação e a mediação. Sobre o tema, Suzana Bruno pontua:

Uma característica marcante entre as duas formas de composição é que, enquanto a heterocomposição se limita a impor a solução às partes que estão envolvidas na contenda, nos métodos não adversariais de conflito, há a preocupação de capacitar os litigantes a resolver os seus problemas, com a intervenção de terceiro ou não, para que juntos construam uma solução satisfatória para ambos (BRUNO, 2012).

Os métodos alternativos de solução de conflitos propõem uma mudança da cultura da sentença para a cultura da pacificação, em busca de uma racionalização nas resoluções dos conflitos (WATANABE, 2005).

Roberto Ulhôa Cintra criou a tese da “pirâmide da resolução dos conflitos”, que consiste em fomentar a negociação como mecanismo eficaz no deslinde de atritos, possibilitando às partes envolvidas o desenvolvimento da capacidade de falar, de ouvir e de negociar, uma vez que os conflitos são inerentes à vida em sociedade. O autor assim pontua:

A sociedade civil assume importante função na aplicação da justiça, a partir do momento em que se desvenda a importância conciliadora de seus atores. A “pirâmide da solução dos conflitos” nada mais faz do que ordenar estágios pelos quais, necessariamente, os conflitantes passarão antes de ingressarem com suas demandas judiciais. A aplicação do método piramidal pauta-se no amor e realiza-se através do diálogo – Habermas e a teoria da ação comunicativa. (CINTRA, 2003).

É, na verdade, o desenvolvimento de um procedimento em que as próprias partes envolvidas buscarão a solução mediante o incremento de atividades negociais, o que se mostrar como uma solução para a crise do Poder Judiciário como reforma no modelo de prestação jurisdicional atual. O mesmo autor conclui:

No momento em que refirmos do Estado, na realidade do Judiciário, fatia de atuação, estamos, dessa maneira, contribuindo para que permaneça o Judiciário de tamanho menor ao que teria, caso não fosse implementada a pirâmide ou outra fórmula de aplicação do princípio da subsidiariedade. Na verdade, todos os instrumentos (negociação, pacificação, moderação, mediação, conciliação e arbitragem) são instrumentos que, como dito, controlados agora pelos cidadãos, não fortalecerão, ou melhor, não inflarão o Poder Judiciário, deixando-o, portanto, menor e mais competitivo, ao mesmo

tempo em que o Executivo e o Legislativo não precisarão aumentar o seu porte para conservar intacto o balanceamento original dos poderes (CINTRA, 2003).

O desenvolvimento desses meios alternativos passa por uma mudança cultural na formação do operador do Direito, desapegando-se da cultura de litigância, bem como no incremento de políticas públicas visando à disseminação da resolução consensual, o que contribuiria para o aprimoramento das técnicas e adequação para cada caso em concreto. Essa nova diretriz facilitaria a comunicação entre os atores envolvidos e permitiria ao Estado exercer um papel de mobilizador e fiscalizador dos métodos alternativos. Para isso, deve haver um esforço coletivo. Nas lições de Fernanda Tartuce:

Não basta mobilizar apenas um dos elos; a adoção de técnicas diferenciadas exige mudança de postura de todos os integrantes da cadeia do conflito, envolvendo o operador do direito, o jurisdicionado e o administrador da justiça. O caminho a ser trilhado, portanto, revela-se longo e cheio de obstáculos. No aspecto educacional, apresentar ao aluno a mediação como outra forma de acesso à justiça é um desafio a ser observado pelo professor, que precisa se empenhar para demonstrar “que a justiça pode ser acessada por meio de outra linguagem, advinda do próprio conhecimento jurídico”. Como a situação ainda não se encontra consolidada no ensino, há um natural reflexo na postura dos profissionais do direito, sendo facilmente constatável que a cultura da conciliação ainda não se instalou em definitivo nos seios da advocacia e da magistratura (SILVA FT, 2007).

Denomina-se sistema multiportas os variados mecanismos de solução de conflitos que teriam o condão de substituir o sistema judicial atual ou mesmo coexistir harmonicamente com ele. Consiste em oportunizar as partes várias ferramentas diferentes para a solução das suas lides. Ainda que embrionário no Brasil, possui muita aplicação em outros lugares, a exemplo dos Estados Unidos. Nesse sentido, são as palavras de Marco Antônio Lorencini:

Não é apenas o Poder Judiciário que resolve conflitos. Como é intuitivo, sempre que há um impasse na vida, os envolvidos – sozinhos ou com o auxílio de um terceiro – tentam buscar uma solução. Quando o conflito envolve um alegado direito amparado em lei, o descontente, com a ausência de solução, tende a procurar o Poder Judiciário, em face do Estado, encarregado justamente de resolver os conflitos intersubjetivos surgidos em sociedade (LORENCINI, 2012).

De fato, existem inúmeras formas diferentes para resolução de um conflito. Lorencini considera que cada um desses mecanismos é uma porta que pode ser aberta, oportunizando

um caminho de resolução. Assim, nem sempre a porta aberta terá a assistência do Poder Judiciário (LORENCINI, 2012).

Dessa forma, o acesso à justiça é alcançado através da ferramenta que melhor se adequa para a resolução do litígio de acordo com as suas peculiaridades, considerando as características da relação social, dos interesses e dos atores envolvidos.

A própria definição de justiça, segundo os ensinamentos de Hans Kelsen, não é absoluta. Existe, diante dos interesses humanos, um conflito que pode ser solucionado da seguinte forma para a obtenção da justiça: ou se satisfaz integralmente os interesses de uma das partes em oposição aos interesses da outra ou se fixa um ajuste negociado (KELSEN, 1997).

Assim, o “justo relativo” definido por Kelsen pode ser alcançado diante de um diálogo entre as partes envolvidas no conflito, tornando-as protagonistas na construção da justiça. Neste sentido, Roberto Cintra diz que:

Nossa teoria busca encontrar o justo, o justo “relativo” através do diálogo entre os conflitantes, diálogo mediado por um terceiro, um pacificador, um mediador, um moderador, um árbitro ou um conciliador; de tal maneira que o justo aflore naturalmente como a síntese de um processo dialético intermediado; síntese esta procurada, auxiliada e elaborada pelo terceiro; síntese não mais esperada da sentença sobre o que é o justo, e sim obtida através do encontro do justo livremente acordado pelas partes em conflito. Tais partes, de maneira diversa, não procuram mais a sentença, mas o acordo. O justo será objeto então de negociação quando se presume que as partes, de maneira franca e cordial, busquem ouvir a razão do outro, sem o artifício dos ardis da petição escrita e das escusas manobras processuais. O diálogo intermediado pelo terceiro, segundo entendemos, se não encontrar imediatamente o justo ou a justiça, buscá-lo-á em um degrau superior, através de novo conciliador, novo enfoque, novas soluções criativas, novas abordagens e o justo irá aflorar (CINTRA, 2008).

Os meios alternativos de solução de conflitos tornaram-se uma tendência mundialmente utilizada, em razão da evolução das sociedades, que buscam um convívio mais participativo dos indivíduos, valorizando-se o diálogo. Destacam-se como vantagens a celeridade, a confidencialidade, a economicidade, a informalidade e o efetivo alcance da justiça. São, essencialmente, meios para coibir o atraso e toda a corrupção que permeia o Poder Judiciário, sendo úteis para as partes envolvidas.

No Brasil, a cultura de paz e de solução pacífica dos conflitos vem consagrada no preâmbulo da Constituição Federal, ao tratar da necessidade de se instituir um Estado que se comprometa a solucionar as controvérsias de forma pacífica, o que viabiliza a implementação dos meios alternativos de resolução dos conflitos, através do sistema multiportas. Já são várias as experiências com as técnicas de solução pacífica de conflitos, a exemplo das Varas da Infância e Juventude. As críticas são sempre fundadas em um desconhecimento de como funcionam os métodos. Esclarece Petrônio Calmon Filho:

De um lado, os juízes sentem seu poder reduzido por deixar de exercê-lo em todos os litígios. De outro, os advogados apontam como falha do sistema alternativo a dispensa de sua participação obrigatória. No campo penal, enquanto o Ministério Público demonstra temor da impunidade (como se hoje esse fenômeno não se verificasse), os advogados relutam em aceitar a aplicação da pena sem que seja emanada de um sistema impositivo. Verifica-se, pois, que a adoção de um sistema multiportas é uma opção política, que balança os alicerces de profundos interesses já sedimentados e, sendo o sistema jurídico hermético e complexo, ao tema vem sendo atribuída a chancela de “técnico”, afastando a sociedade de sua discussão (CALMON FILHO, 2005).

3.1.1 A CONCILIAÇÃO

A conciliação é definida como um meio de resolução de conflitos judicial ou extrajudicial, realizável a qualquer momento, em que as partes envolvidas buscam eliminá-lo valendo-se da presença de um intermediador, que é a figura do conciliador imparcial, escolhido pelas partes envolvidas. Em muito se assemelha à mediação, mas a principal diferença é que o conciliador não exerce apenas o papel de facilitador da comunicação entre as partes, uma vez que também indica soluções para o conflito. Trata-se de um procedimento mais simples do que a mediação, apresentando em média quatro etapas; a abertura, os esclarecimentos, a criação de opções e o acordo.

O conciliador é a pessoa encarregada de buscar e sugerir soluções para o conflito e as eventuais consequências. As partes devem ser esclarecidas de todo o processo conciliatório, para que não parem dúvidas da solução a ser aplicada. Possui uma atuação mais ativa quando comparada à atuação do mediador. Nas palavras de Sarah Merçon-Vargas:

O conciliador tem o papel fundamental de incentivar as partes à resolução consensual do litígio, sendo-lhe facultado, inclusive, manifestar a sua opinião sobre a solução mais justa para o conflito e sugerir os termos de acordo que não tenha sido previamente cogitado pelas partes. O conciliador tem poderes, portanto, mais ativo do que aqueles atribuídos ao mediador (MERÇON-VARGAS, 2012).

A conciliação pré-processual, realizada extrajudicialmente, é uma solução eficaz para estancar a crise do Poder Judiciário, uma vez que elimina um número razoável de demandas que desaguariam nos gabinetes dos juízes. Dessa forma, o conflito é resolvido antes mesmo da instauração de um processo judicial, sendo desnecessária a prolação de uma sentença para o deslinde do caso. A solução é encontrada pelo acordo entre as partes, sem que a decisão judicial estabeleça que houve um “vencedor” e um “vencido”.

No Brasil, a conciliação é retratada na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado aos Conflitos. Neste documento, há a previsão de criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, bem como a necessidade de instrução e capacitação de conciliadores e mediadores, além da criação de um sistema de banco de dados com informações relativas à conciliação na solução de conflitos denominado Portal da Conciliação.

Em matéria penal, o ordenamento jurídico brasileiro admite o uso da conciliação em alguns casos, a exemplo dos Juizados Especiais Criminais, consoante previsão do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, bem como pela Lei Federal nº. 9.099/95, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais nos Estados.

O exemplo adotado na Lei Federal nº. 9.099/95, que admite a conciliação e a transação penal em casos de crimes de menor potencial ofensivo, precisa ser alargado a fim de atingir outros conflitos, notadamente aqueles que envolvem pessoas com um vínculo de afetividade, em razão do sucesso obtido.

3.1.2 A ARBITRAGEM

A arbitragem é ferramenta heterocompositiva de resolução de conflitos que, no Brasil, foi regulamentado pela Lei 9.307/1996. O procedimento é conduzido pela figura de

um árbitro, escolhido pelas partes envolvidas através da convenção de arbitragem, e destaca-se principalmente porque proporciona soluções mais rápidas que o Poder Judiciário.

Como características destaca-se a confidencialidade nos acordos firmados, bem como a flexibilidade para a definição das regras do procedimento arbitral. O acordo final se reveste de eficácia semelhante à decisão proferida pelo juiz. Nas palavras de Christopher Moore:

A arbitragem é um processo privado em que os procedimentos, e frequentemente o resultado, não estão abertos ao escrutínio público. As pessoas em geral escolhem a arbitragem devido a sua natureza privada e também porque ela é mais informá, menos dispendiosa e mais rápida que um procedimento judicial. Na arbitragem, as partes quase sempre podem escolher seu próprio árbitro ou conselho de árbitros, o que lhes dá mais controle sobre a decisão do que se a terceira parte fosse indicada por uma autoridade ou agência externa (MOORE, 1998).

A arbitragem se restringe a resolução de conflitos atinentes a direitos disponíveis, a exemplo das lides envolvendo contratos e direitos patrimoniais. O procedimento arbitral deve ser aplicado sem qualquer interferência do Poder Judiciário, funcionando, portanto, de forma autônoma. Sobre o tema, discorre Carlos Eduardo de Vasconcelos:

Trata-se de instituto com duas naturezas jurídicas que se completam: a contratual e a jurisdicional. Pelo contrato, as pessoas optam por se vincular a uma jurisdição privada, sujeita, o entanto, a princípios de ordem pública, como os da independência, da imparcialidade, do livre convencimento do árbitro, do contraditório e da igualdade. Assim, a arbitragem pressupõe a livre opção das partes (autonomia da vontade) por meio de uma convenção de arbitragem – cláusula contratual denominada “compromissória”, firmada antes do surgimento de qualquer conflito, ou “compromisso arbitral”, quando já há conflito e as partes, de comum acordo, decidem solucioná-lo por intermédio de arbitragem (VASCONCELOS, 2012).

3.1.3 A NEGOCIAÇÃO

A negociação é um procedimento consensual e voluntário que busca o entendimento entre as partes através do diálogo e ocorre sem a presença de um terceiro. É conduzida informalmente não possui um procedimento previamente definido.

Inicialmente, a negociação exige a definição do ponto de controvérsia para, a partir daí, se delinear as possíveis soluções. Não se admite que uma das partes envolvidas leve vantagem sobre a outra, pois a finalidade é se construir soluções equânimes. Nas lições de Carlos Eduardo de Vasconcelos:

É o planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou troca de interesses. A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem por objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte (VASCONCELOS, 2012).

Trata-se do meio alternativo de solução de conflitos mais informal, uma vez que é inerente à condição do homem negociar e é utilizada na sociedade a todo momento como forma de autocomposição dos conflitos. Deve ser o mecanismo de entrada para a solução de todo e qualquer conflito. Nesse sentido, Daniel Gabbay:

A negociação deve ser um capítulo introdutório ao estudo de qualquer outro mecanismo de solução de conflitos, pois as suas ferramentas e técnicas podem ser úteis para outras formas consensuais e adjudicatórias de solução de conflitos, além de a negociação permitir uma reflexão e autoconhecimento das partes sobre o seu próprio perfil na forma de lidar com os conflitos (GABBAY, 2011).

3.1.4 A MEDIAÇÃO

A mediação é um meio não jurisdicional de solução de conflitos. Trata-se de um procedimento consensual em que as partes são conduzidas por uma terceira pessoa, a figura do mediador, escolhido pelas partes, treinado e capacitado para bem conduzir o processo de mediação, encarregado de facilitar a resolução de uma divergência. É uma técnica pautada no diálogo, em que as próprias partes envolvidas contribuem para a resolução do conflito. Demonstra-se que o conflito não pode ser enxergado como algo negativo, posto que através dele as pessoas evoluem, aprimorando as relações sociais. Roberto Portugal Bacellar, no mesmo sentido, define mediação como:

[...] técnica “lato senso” que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito e induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas. (BACELLAR, 2003).

O fator principal do sucesso da mediação é o fato de que as partes são extremamente valorizadas, uma vez que contribuem diretamente para a resolução da divergência, posto que são estimuladas a propor soluções através do diálogo. Essa situação aumenta o senso de responsabilidade e de cidadania dos envolvidos. É a substituição da competição pela cooperação. Conforme Lilia de Moraes Sales:

Por meio da mediação, buscam-se os pontos de convergência entre os envolvidos na contenda que possam amenizar a discórdia e facilitar a comunicação. A mediação estimula, através do diálogo, o resgate dos objetivos comuns que possam existir entre os indivíduos que estão vivendo o problema (SALES, 2007).

Na mediação, alguns princípios norteadores devem ser observados, a exemplo da participação do mediador imparcial, da informalidade processual, da confidencialidade do acordo, do poder decisório atribuído às partes, dentre outros. O objetivo principal é oportunizar uma solução do conflito em que as partes saiam com a impressão de que ambas saíram “vencedoras” do conflito. Vejamos as lições de Ana Miranda e Maria Mota:

Dessa maneira, a mediação tenta demonstrar que é possível uma solução para o conflito em que ambas as partes ganhem, tentando, por meio o diálogo, restaurar as benesses que fizeram parte da relação, reconhecer e conhecer os conflitos reais oriundos dos conflitos aparentes perfilados pelos envolvidos, suscitar o questionamento da razão real do desentendimento, provocar a cooperação mútua e o respeito ao próximo ao analisar que cada pessoa tem a sua forma de visualizar a questão, facilitar a compreensão da responsabilidade que cada um possui em face do problema e na sua resolução e assim encontrar uma saída onde todos aceitem, concordem e acreditem que a divergência será solucionada (MIRANDA; MOTA, 2012).

A mediação, como instrumento de acesso à justiça, deve ser oportunizada às partes envolvidas no conflito logo de cara, como caminho natural para a resolução do problema, deixando a atuação jurisdicional para um segundo momento, em razão da crise do Poder Judiciário. Esses são os ensinamentos de Rosemary Damaso Padilha:

Para cumprir com o objetivo de agilizar a justiça, a mediação deveria ser o primeiro serviço prestado ou disponível às pessoas que, não conseguindo chegar a um consenso por si mesmas, buscam a ajuda de um terceiro. A meu ver, não deveria ser uma alternativa de resolução de conflitos, mas a forma natural, normal dentro da cultura, a primeira opção. Caso não fosse possível resolver o conflito com a ajuda de um terceiro imparcial, o mediador, cuja função é facilitar a comunicação, favorecer o diálogo na busca de um acordo amigável, então, si, se buscaria uma alternativa adversariam em que o poder decisório fosse delegado ao terceiro (PADILHA, 2013).

No Brasil, a mediação foi alvo da lei 13.140/2016, que disciplinou o procedimento da mediação, dispondo sobre a possibilidade de mediação judicial ou extrajudicial, bem como a possibilidade de se mediar conflitos envolvendo a Administração Pública. É definida como atividade técnica executada por um terceiro imparcial sem poder de decisão, que auxilia as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a lide.

Ganha espaço na resolução de conflitos Penais a Justiça Restaurativa, técnica de resolução de conflitos em que as partes envolvidas, bem como a comunidade em geral, vêm discutir o entrave como forma de transformá-lo. Tem o consenso como principal vetor para a cura das mazelas enfrentadas.

No Brasil, o movimento para a implementação de técnicas de pacificação de conflitos ganha relevância com a Emenda Constitucional 45/2004, sobretudo pela introdução expressa dos princípios da celeridade processual e do acesso à justiça ante ao abarrotamento de processos no Poder Judiciário, bem como morosidade das decisões e sobrecarga de trabalho.

3.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA

3.2.1 DEFINIÇÃO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA, FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS

Por tudo já exposto, resta claro que é possível a implementação de políticas de resolução pacífica de conflitos na esfera penal como forma de acesso à justiça e máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Há previsão, inclusive, no preâmbulo do texto constitucional, sobre a importância de soluções pacíficas de conflito, o que denota a intenção do legislador em admitir outros meios distintos para a solução de lides desatrelados da intervenção estatal e do Direito Penal.

A Justiça Restaurativa surge como uma alternativa para a justiça penal convencional, mostrando que o modelo punitivo/retributivo adotado está saturado e em crise, o que impõe a adoção de novas formas de solução de conflitos.

Trata-se de um modelo que visa romper com o paradigma da criminologia contemporânea de que a toda infração penal deve ser atribuída uma punição, uma vez que é possível, muitas vezes, alcançar o senso de justiça através de um processo menos custoso, doloroso, burocrático e demorado.

A justiça restaurativa vai de encontro ao enfoque retributivo do crime, que busca, essencialmente, a descoberta do infrator e a aplicação de um castigo, pois dá importância aos interesses da vítima e da comunidade diretamente afetada pelo comportamento desviante. É uma mudança de lentes pelas quais enxergamos os conflitos, de um viés punitivo para o restaurativo (ZEHR, 2008).

Trata-se de um modelo de justiça penal que busca promover a inclusão e empoderamento das partes, para que elas tenham voz no processo restaurativo e contribuam para uma efetiva solução do conflito, ao invés da exclusão e estigmatização que o processo penal atual gera, bem como busca propor uma mudança de valores, no sentido de se eliminar das partes o anseio pela vingança e estimular a reconciliação e a reparação. Pressupõe-se que acrescentar um mal a outro mal não o transforma em bem, sendo preferível primar por um ambiente de reconstrução social.

Ao propor o empoderamento das partes, a justiça restaurativa possibilita que a justiça seja verdadeiramente sentida por elas. No modelo de justiça penal atualmente adotado, as partes não contribuem para a construção da solução, pois todo o processo é conduzido por terceiros. Assim, quando alguém diz à vítima que, em relação ao evento criminoso, foi tomada determinada decisão e que ela pode ir para casa, enquanto diz ao infrator que, como resposta ao seu ato, ele deverá ser preso, as partes não experienciam a justiça. Um processo que respeite a participação das partes, mesmo que não seja agradável, possibilita que as pessoas entendam o porquê de determinada decisão ser tomada, pois elas a vivenciam. Vejamos as lições de Howard Zehr:

O importante não é apenas o que acontece, mas também o modo como se chega à decisão. A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá pra casa e o ofensor para a cadeia, insto não dá a sensação de justiça. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça (ZEHR, 2008).

Entender a definição de justiça restaurativa exige, antes de tudo, redefinir o conceito de crime. Consoante à sistemática retributiva atual, o crime é comportamento que transgredir a norma, enquanto que para a justiça restaurativa o crime, além de atingir a norma penal, também é fato que atinge as pessoas, causando danos, sofrimento e dor. Assim, a proposta restaurativa tem por fundamento a responsabilidade, a restauração e a reintegração. Nas palavras de Sérgio Ramirez:

Responsabilidade, restauração e reintegração. Responsabilidade do autor, porquanto cada um deve responder pelas condutas que assume livremente; restauração da vítima, que deve ser reparada, e deste modo sair de sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade que também se prejudicou com o delito (RAMIRES apud SALIBA, 2009).

O que propõe o modelo restaurativo não é mais tratar o crime enquanto violação da lei e a consequente punição do infrator, mas sim buscar, essencialmente, atenuar os efeitos negativos que o comportamento delitivo gerou. Enquanto que na justiça retributiva se busca causar dor ao ofensor, na justiça restaurativa o objetivo é focado na recuperação da vítima de acordo com as suas necessidades, através da reparação do dano causado.

Destaque-se que a reparação do dano não significa, tão somente, ressarcir o ofendido no plano material, através de pagamento de indenizações. A reparação vai além, assumindo uma dimensão simbólica, estimulando-se o exercício do perdão.

Na justiça restaurativa, o ofensor mantém um contato direto com a vítima, algo que não é estimulado no modelo penal contemporâneo. O contato direto entre vítima e ofensor deixa o Estado e o seu poder punitivo de lado para que haja uma efetiva reflexão acerca do comportamento praticado, das lesões causadas e, diante disso, permitir ao ofensor reconhecer a dano gerado e envidar esforços para atenuá-lo ou saná-lo.

De mais a mais, a prática restaurativa também busca reestabelecer os relacionamentos que foram lesionados entre vítima e ofensor, bem como entre ofensor e comunidade em geral. Ainda que não se consiga um reestabelecimento por completo da relação atingida pelo comportamento delituoso, qualquer melhoria já pode ser encarada como um progresso. Sobre o tema, vejamos os ensinamentos de Marcos Rolim:

Para a Justiça Restaurativa o procedimento padrão das sentenças criminais contemporâneas impede que esse infrator seja colocado em face das circunstâncias de dor e prejuízo produzidas por seu ato. No processo criminal moderno, ele jamais se obrigará a conhecer essa realidade. Tampouco será confrontado pelo desafio de fazer algo que permita diminuir a dor da vítima ou repor o prejuízo que ele próprio causou. Em um sistema retributivo, o que se espera do infrator é que ele suporte sua punição; para a Justiça Restaurativa o que importa é que ele procure restaurar ativamente a relação social quebrada. Para isso, os procedimentos restaurativos deverão considerar a situação vivida pelo infrator e os problemas que antecederam e agenciaram sua atitude. Assim, paralelamente aos esforços que o infrator terá que fazer para reparar seu erro, caberá à sociedade oferecer-lhe as condições adequadas para que ele possa superar seus mais sérios limites como, por exemplo, déficit educacional ou moral ou condições de pobreza ou abandono (ROLIM, 2009).

Desta forma, o que se percebe é que a justiça restaurativa traz uma perspectiva inovadora e revolucionária para a solução de conflitos penais, sem, contudo, se tornar a tábua de salvação da criminalidade na sociedade. A finalidade principal é permitir que as partes envolvidas na lide possam seguir a vida com a sensação de que a justiça foi alcançada.

Importante destacar que não se trata de uma proposta de se eliminar o sistema penal dos moldes atuais, mas apenas de instrumentalizá-lo para a promoção da pacificação social primando pela dignidade da pessoa humana. Ao tempo que o Poder Judiciário cede parte de sua atribuição para outros órgãos encarregados de solucionar conflitos, ele ganha agilidade e eficiência, uma vez que poderá se debruçar sobre conflitos de maior importância.

Nesse sentido, a proposta da justiça restaurativa enfatiza a participação intensa das agências de controle informal, a exemplo da família, religião, escola, comunidade em geral, dentre outras. A esses ambientes é dada a potencialidade de se resolver conflitos pacificamente sem a necessária intervenção estatal.

O cuidado a se observar para a escolha do ambiente extrajudicial para a aplicação das técnicas restaurativas é saber se a vítima, ofensor e demais membros da comunidade o

legitimam enquanto espaço propício para esta finalidade. Uma vez reconhecido enquanto espaço legítimo, os resultados obtidos certamente atingirão o ideal de justiça almejado, sem a necessidade de atuação do sistema criminal estatal.

Ademais, o procedimento restaurativo não é obtido apenas pelo tratativas das partes. O trabalho é conduzido pela figura do facilitador, devidamente instruído para o exercício da atividade. Porém, o resultado depende, essencialmente, da vontade dos atores de participar do método restaurativo.

Diante de tudo que fora exposto, a definição de justiça restaurativa diz respeito a um modelo de justiça penal que trata como protagonistas na construção da solução ao conflito as partes envolvidas, quais sejam, ofensor, vítima e a comunidade, conduzidas por um procedimento que tem por prioridade estimular o diálogo e a participação, gerando para o ofensor a obrigação de reparar a lesão causada, seja de ordem material ou simbólica, através do exercício do perdão, para, ao final, se reestabelecer a relação social enfraquecida pela conduta criminosa. Nas palavras de Aguiar:

Podemos entender a Justiça Restaurativa com uma reformulação de nossa concepção de Justiça, tendo como objetivos trabalhar a compreensão das pessoas sobre a situação conflituosa para que haja a humanização dos envolvidos, possibilitando a identificação das necessidades geradas pelo conflito/crime e a consequente responsabilização de todos os afetos, direta ou indiretamente, para que, de uma forma ou de outro, se comprometam e contribuam para sua resolução (AGUIAR, 2009).

No Brasil, note-se que a aplicação da justiça restaurativa gera consequências diversas a depender do comportamento ilícito objeto de análise.

Em se tratando de crimes cuja ação penal seja privada, o acordo restaurativo tem o condão de impossibilitar a propositura de eventual ação penal, uma vez que atua como renúncia ao direito de queixa do ofendido, forma de extinção da punibilidade descrita no artigo 104 c/c artigo 107 do Código Penal.

Se, por sua vez, já houver a propositura da Ação Penal privada, o acordo restaurativo serviria como verdadeiro perdão do ofendido, causa que também extingue a punibilidade, nos moldes do artigo 107 do Código Penal.

A incidência da prática restaurativa em crimes cuja Ação Penal seja condicionada à representação do ofendido poderá ensejar as seguintes hipóteses:

1) se ainda não concluído o prazo decadencial para oferecimento da representação, previsto no artigo 103 do Código Penal, o acordo restaurativo atuaria como renúncia ao direito de representação, numa verdadeira interpretação extensiva equiparando-a à renúncia ao direito de queixa do ofendido.

2) Caso já oferecida a representação pela vítima, mas ainda não oferecida a Ação Penal pelo Ministério Público, o acordo restaurativo deverá ser interpretado como retratação da representação, nos termos do artigo 102 do Código Penal, impossibilitando a propositura da Ação Penal por falta de condição de procedibilidade.

3) Se o acordo restaurativo somente for alcançado após a propositura da Ação Penal, uma vez satisfazendo o ideal de justiça entre as partes, teria o condão de servir como parâmetro para uma eventual condenação, porém nos moldes fixados pelas partes envolvidas durante o processo restaurativo.

Em se tratando de crimes cuja Ação Penal seja pública incondicionada, propõe-se que o acordo restaurativo que alcance, efetivamente, a justiça entre as partes e promova a pacificação social impossibilite a propositura da Ação, por se tornar desnecessária.

Exemplos de sucesso da implementação das práticas restaurativas em ambientes fora do Poder Judiciário são encontrados nos projetos de *justiça comunitária*, espalhados por vários Estados do Brasil, que buscam desenvolver canais de comunicação entre as pessoas, como forma de mediar conflitos, estimulando o diálogo e o consenso.

O ponto principal desses projetos é dar orientação às pessoas sobre os seus direitos e, principalmente, possibilitar a solução de conflitos através de técnicas restaurativas. Dessa forma, esses programas têm em comum possibilitar caminhos mais simples, acessíveis e eficazes do que aqueles tradicionalmente oferecidos pelo Poder Judiciário.

O maior entrave para a implementação em massa da justiça restaurativa é a resistência por partes de muitos operadores do Direito, bem como dos legisladores. O abarrotamento dos processos nas Varas Criminais culmina numa falta de celeridade escancarada, transformando a justiça numa “injustiça manifesta”, o que gera um sofrimento

incalculável às partes envolvidas. Poupar a justiça criminal das demandas de pouca relevância é um grande passo para o alcance da efetiva justiça.

3.2.2 GARANTISMO, CRIMINOLOGIA, VITIMOLOGIA E JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça restaurativa se apresenta como um modelo de solução de conflitos penais que se amolda ao pensamento garantista, de modo a enfrentar as lides penais em observância aos direitos fundamentais e, notadamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrados na Constituição.

O que se vê, atualmente, são demandas criminais levadas ao Poder Judiciário que, como forma de solvê-las, busca aplicar castigo ao infrator, muitas vezes desproporcionais e indignos. É a punição que legitima o poder punitivo do Estado, que entende cumprido o seu papel de promoção da justiça quando dá ao autor do comportamento desviante uma penalidade.

Porém, o que se percebe é que esse modelo retributivo não consegue alcançar o verdadeiro anseio de justiça que possuem as partes envolvidas no conflito. Atribuir pena não reconstrói a relação social estremecida diante da conduta criminoso praticada.

O pensamento garantista de Ferrajoli não propõe que os criminosos sejam absolvidos pelos comportamentos cometidos. Na verdade, o ideal garantista pressupõe que a resolução do conflito seja alcançada através dos valores propostos pela Constituição, notadamente a dignidade da pessoa humana.

A proposta restaurativa dos conflitos se coaduna com as garantias constitucionais dos indivíduos e com a dignidade da pessoa humana, uma vez que possui um enfoque mais humanitário que a justiça penal retributiva, pois se propõe a resolver o conflito através do diálogo e do empoderamento das partes.

Em relação à vitimologia, a vítima é alijada da construção da solução justa para o conflito, bem como não lhe é ofertada a reparação do dano, no modelo de justiça penal retributiva. A preocupação recai sobre o fato criminoso e os seus elementos. Nas palavras de Luíz Flávio Gomes e Antônio Garcia Pablos de Molina:

O abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminológicas. Desde o campo da Sociologia e da Psicologia social, diversos autores, têm denunciado esse abandono: o Direito Penal contemporâneo – adverte – acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, no âmbito da previsão social e do Direito civil material e processual (GOMES; MOLINA, 2000).

A criminologia, por sua vez, diante da ineficácia da punição como forma de controle social, vem propondo novos paradigmas para a solução dos comportamentos criminosos, através de uma estudo multidisciplinar, o que inclui estudos de Antropologia, Sociologia, Direito, entre outros ramos da ciência.

Desta forma, a criminologia não se debruça apenas sobre a conduta delitiva, mas retrocede ao passado, buscando entender o contexto no qual aquele crime foi praticado. O criminólogo busca informações não só do fato em si, mas da família do ofensor, de como eram calcadas suas relações sociais, entre outros aspectos.

Assim, a aplicação da justiça restaurativa requer o entendimento do contexto que o crime foi praticado, para se identificar o perfil do ofensor, bem como o perfil da vítima, para que o resultado seja o mais eficaz possível. Essas são as lições de Saliba:

[...] uma das características principais do processo restaurativo está assentada na intersubjetividade, como um processo de discussão e integração social, em busca da consensualidade. A discussão, por meio de um procedimento dialogado, entre vítima, desviante e comunidade, é princípio fundamental do qual todos os demais irão decorrer ou, pelo menos, se inter-relacionar (SALIBA, 2009).

O Direito Penal, por sua vez, atua numa realidade estrita, preso ao comportamento delitivo, tão somente, o que acarreta um vício no discurso jurídico penal. No entendimento de Zaffaroni:

A verificação desta contradição requer demonstrações mais ou menos apuradas em alguns países centrais, mas na América Latina, esta verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seus desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achama-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade (ZAFFARONI, 1991).

A justiça restaurativa tem na criminologia, portanto, uma aliada para a sua aplicação, pois é através da criminologia, através de suas várias escolas, que se analisa o comportamento criminoso sob um prisma mais amplo, compreendendo-se a evolução histórica da política criminal, visando atender a expectativa humana de pacificação e solução de conflitos.

Nesse sentido, a criminologia percebe o esgotamento da intervenção estatal através do modelo penal retributivo, uma vez que pouco contribui para a pacificação social e para a solução das lides penais.

Na justiça restaurativa as partes envolvidas trazem as suas realidades, angustias, dificuldades e os seus anseios de justiça, o que estimula um grau de compreensão, de alteridade e de consciência social. É a partir daí que se permite às partes compreenderem a realidade alheia para que a solução seja construída.

Vê-se, portanto, que a justiça restaurativa se relaciona diretamente com o estudo da criminologia, da vitimologia e, principalmente, dos ideais garantistas, trazendo uma realidade inovadora para o enfrentamento dos conflitos penais, diversa do modelo penal atual, extremamente engessado e desproporcional. É um verdadeiro avanço da sociedade e do acesso à justiça.

3.2.3 JUSTIÇA RETRIBUTIVA X JUSTIÇA RESTAURATIVA

Neste tópico, serão abordados alguns pontos de divergência entre a justiça tradicional, de caráter iminentemente retributivo, e da justiça restaurativa.

A justiça retributiva define o crime enquanto ato violador da norma penal estatal, ao tempo que o modelo restaurativo vê o crime como comportamento que viola a norma penal, bem como que causa dano à vítima, enfraquecendo uma relação social. Desta forma, propõe como solução a reparação do dano e de suas consequências, ao tempo que a justiça penal tradicional propõe a aplicação de pena como estigma.

Em relação aos procedimentos adotados, a justiça retributiva segue um modelo extremamente solene, burocrático, contencioso e contraditório, em que a vítima e o ofensor atuam como coadjuvantes e os protagonistas são as autoridades estatais, estando o poder

decisório nas mãos do juiz. A justiça restaurativa, por sua vez, adota um procedimento informal, confidencial, comunitário, voluntário e colaborativo, em que vítima e ofensor atuam como protagonistas na construção da solução ao conflito, estando o poder decisório compartilhado entre as partes envolvidas. Daí o porquê se considera o resultado alcançado justo, pois construído pelos atores do conflito.

Quanto aos resultados, a justiça tradicional tem por objetivo a prevenção geral, tendo em vista a aplicação da pena com um viés intimidador e retributivo. Ademais, as punições muitas vezes aplicadas de forma desproporcionais, em regime carcerário degradante. Vítima e infrator saem desamparados do processo penal, pois não há uma preocupação direta com a reconstrução da relação social. A justiça restaurativa, por sua vez, visa como resultado a elaboração de um acordo restaurativo, marcado pela razoabilidade nas obrigações assumidas pelo ofensor. O principal objetivo como resultado é a reparação do dano causado, visando à reconstrução da relação entre os atores envolvidos. A paz social é construída de forma digna.

Em relação à vítima, na justiça penal tradicional ela é encarada como meio para obtenção de prova, atuando na função de testemunha. Não há uma preocupação em se possibilitar uma atuação ativa da vítima na construção do resultado. Não há uma busca pela pacificação, bem como não há interesse na restauração da relação social. Na justiça restaurativa a vítima assume postura de protagonista, uma vez que possui voz ativa na construção do acordo restaurativo.

Já em relação ao infrator, a justiça retributiva tradicional o trata alijado à construção da decisão, pois não é estimulado a manter contato com a vítima, bem como não lhe é oportunizada voz ativa para a solução do conflito. É considerado pelo fato criminoso praticado e a aplicação da pena desconsidera as suas necessidades. O modelo restaurativo vê o infrator pelo seu potencial de ser responsabilizado pelos danos causados. Atua ativamente na construção do acordo restaurativo e lhe é dada a oportunidade de desculpar-se com a vítima. Suas necessidades são consideradas para a fixação da obrigação.

O que se percebe é que a justiça tradicional e a justiça restaurativa não são completamente antagônicas. Em verdade, são formas alternativas ou complementares de solução de conflitos. Trata-se de uma nova dimensão da justiça penal, que exige uma reorganização a fim de alinhar a justiça penal tradicional com a justiça restaurativa, respeitando-se as características de cada modelo. Não se propõe fragilizar o Poder Judiciário,

mas sim permitir que novos instrumentos alternativos de solução de conflitos sejam aplicados. Vejamos os comentários de Maria do Carmo Moreira Conrado:

[...] não se pode apregoar que existam métodos ‘alternativos’ ao Judiciário, porém mais acertadamente, deve-se elucidar que o cidadão necessita dispor de alternativas varias para buscar a resolução das disputas que o atormenta. Dentre tais alternativas encontra o Judiciário e, igualmente, a mediação, a conciliação e a arbitragem (apud SALES, 2003).

3.2.4 AS TÉCNICAS RESTAURATIVAS

Segundo os estudos contemporâneos, são três as técnicas restaurativas mais difundidas, quais sejam: Conferência do grupo de família, Círculo de Paz e Mediação entre ofensor-vítima.

A Mediação entre ofensor-vítima é um procedimento restaurativo voluntário que proporciona à vítima e ao ofensor um contato mais próximo, em um ambiente propício para o encontro. Através da condução do procedimento por um facilitador, a vítima é estimulada a dizer quais as consequências que o comportamento lhe causou, de ordem material e/ou emocional. Ao ofensor é dada a oportunidade de contar a sua versão sobre os fatos e contextualizá-la com a sua história de vida. Nas palavras de Christopher Moore “a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos” (MOORE, 1998).

Os objetivos principais desta técnica restaurativa são: promover um ambiente seguro e adequado para que haja o contato entre a vítima e o ofensor; possibilitar ao ofensor, diante do relato da vítima, reconhecer a sua responsabilidade pelo comportamento praticado mediante um juízo de reflexão; permitir aos atores envolvidos a construção de uma solução proporcional e razoável para sanar os danos causados.

No Brasil, a mediação entre ofensor e vítima é adotada prioritariamente nas demandas que tramitam nos Juizados Especiais Criminais, no julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima seja de até 2 (dois) anos. Nesses casos, haverá uma audiência preliminar entre os envolvidos na lide para que se proponha um acordo

civil, como forma de compensação financeira do dano causado. Uma vez frustrada essa tentativa, poderá haver a transação penal, nos crimes de ação pública incondicionada cuja pena mínima seja igual ou inferior a um (um) ano.

A Conferência do Grupo Familiar tem origem na cultura dos Maori, na Nova Zelândia. Busca reunir todos aqueles que tenham sido direta ou indiretamente afetados pelo comportamento desviante, ou seja, vítima, ofensor e a comunidade, conduzidos pela figura do facilitador.

Não há uma definição exata de quem começa falando, se ofensor ou vítima. Definida a ordem, a todos é oportunizado um momento para exposição de sua visão acerca do comportamento praticado e do dano gerado. Após uma profunda reflexão dos pontos expostos, é dada palavra novamente à vítima para que diga o que espera como resultado deste procedimento. A sessão é finalizada quando as partes firmam um acordo restaurativo que descreve os objetivos e os compromissos assumidos.

Há casos que o contato entre vítima e ofensor não é viável. Assim, uma carta contendo um pedido de desculpas ou mesmo uma compensação pelo dano causado é bem útil para o alcance do resultado satisfatório.

Nesta técnica, os principais objetivos são permitir que a vítima seja tratada como protagonista na construção do acordo restaurativo; dar oportunidade ao ofensor de refletir sobre o seu comportamento e as consequências geradas, bem como lhe permitir assumir a responsabilidade; permitir que autor do fato e vítima se relacionem com meios informais da comunidade como forma de implementação e de fiscalização do acordo celebrado.

Por fim, o Círculo de Paz ou Círculos Restaurativos tem origem na cultura dos povos aborígenes dos Estados Unidos e do Canadá e são realizados através de círculos de diálogos.

Trata-se de uma técnica de reintegração, que busca abordar o comportamento criminoso e as necessidades da vítima e da comunidade. Dentro do círculo de sentença, as partes envolvidas no conflito dão o seu depoimento, expõem os seus sentimentos e propõem a compreensão do caso com uma sugestão de solução. O círculo tem uma importância flagrante, que é o fato de dar poderes isonômicos a todos os atores para a construção do acordo.

No acordo, além dos compromissos aceitos pelo ofensor, é proposto um plano para restauração e acompanhamento da obrigação firmada, com mecanismos de fiscalização e acompanhamento.

O procedimento insere o bastão da fala, que é um instrumento que tenha um valor aceito pelos participantes e que permite apenas que aquele que o possua falar para o grupo. É através desse instrumento que se insere a harmonia e a isonomia neste procedimento, tendo em visto que todos os partícipes tem algo a dizer e momento certo para dizer (PRANIS, 2010).

Os principais objetivos desta técnica são a promoção da restauração dos atores atingidos; oportunizar ao ofensor um juízo de retratação; dar poder as vítimas e a comunidade para compartilhar seus sentimentos e propor reparações; estimular um sentimento de comunidade.

CONCLUSÃO

Cada vez mais se percebe que ao Poder Judiciário são levadas demandas criminais de menor importância, de irrelevância tanto do comportamento praticado quanto da lesão jurídica provocada.

Essa cultura da judicialização de litígios é disseminada nos operadores do direito através do que Luis Alberto Warat denominou senso comum teórico dos juristas, que estimula a resolução dos conflitos através da necessária intervenção estatal pelo Direito Penal. Trata-se de um modelo de cultura jurídica repassado nos cursos de Direito, em que a maior preocupação não é formar intelectuais, mas sim operadores técnico-jurídicos, sem uma base teórica crítica.

Desta forma, a cultura da pacificação e a desjudicialização dos conflitos penais ainda não vingou entre os juristas e não se tornou presente nas práticas forenses.

Como resultado dessa provocação escancarada do Poder Judiciário pelas demandas criminais das mais variadas espécies, temos o abarrotamento de processos nas instâncias judicantes, o que gera a precarização do serviço jurisdicional, em razão de produção de decisões em escala industrial, como forma de se atingir metas estipuladas pelos órgãos de controle, bem como a falta de celeridade em se obter um deslinde das questões postas à apreciação. Tudo isso deságua em uma crise e em um descrédito ao sistema penal atualmente proposto.

Essa crise do Poder Judiciário não promove o verdadeiro acesso à justiça enquanto direito fundamental, pois há um flagrante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Deve-se democratizar o acesso à justiça através de instrumentos eficazes de solução de conflitos penais.

A intervenção estatal através do Direito Penal deve servir, tão somente, para a proteção de valores jurídicos de maior relevância, bem como incidir nos fatos em que a solução não seja encontrada em outros ramos do Direito.

Dessas ideias surgem os princípios da insignificância e da intervenção mínima, que são verdadeiras ferramentas legitimadoras de políticas de pacificação social sem que haja uma efetiva interferência do Estado através do Poder Judiciário.

O que se propõe nesse trabalho não é tornar os comportamentos humanos que infringjam determinada norma penal condutas lícitas, mas sim desjudicializar o processamento dessas questões para o campo das formas pacíficas de resolução de conflitos, a exemplo da mediação, da conciliação e, principalmente, da Justiça Restaurativa, elementos de um sistema multiportas de solução de conflitos. Trata-se de dar acesso à justiça como máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, a Ministra Ellen Gracie consignou que "*os métodos alternativos de solução de litígio são melhores do que a solução judicial, que é imposta com a força do Estado, e que padece de uma série de percalços, como a longa duração do processo, como ocorre no Brasil e em outros países*" (BRASIL, 2011).

Precipuamente, é a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana àquele que se vê diante de tal situação, pela observância de uma gama de garantias constitucionais. É forma de se alcançar efetivamente o anseio de justiça buscado pelas partes.

O acesso à justiça não pode estar associado necessariamente a uma tutela jurisdicional do Estado, notadamente quando ela é morosa e burocrática, infringindo, desta forma, direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os exemplos adotados na Lei Federal nº. 9.099/95, que admite a conciliação e a transação penal em casos de crimes de menor potencial ofensivo, nos projetos de *justiça comunitária* Brasil afora, que buscam desenvolver canais de comunicação entre as pessoas, como forma de mediar conflitos, estimulando o diálogo e o consenso, bem como nas câmaras de conciliação instaladas em Delegacias de Polícia, com a criação de um ambiente preparado para receber as partes e acolhe-las dentro de suas necessidades demonstram a viabilidade daquilo que aqui se propõe. São, em verdade, tentativas de solucionar conflitos penais sem que haja um efetiva interferência do Estado-juiz.

Ademais, tem-se na Justiça Restaurativa um exímio instrumento para se alcançar a pacificação social sem uma necessária intervenção estatal. Trata-se de um procedimento voluntário, sem o formalismo e o caráter intimidativo da Justiça tradicional, em que se busca o consenso entre vítima e ofensor, com participação direta da comunidade envolvida, que, em conjunto, dialogam e contribuem ativamente para a construção de soluções para a cura das feridas.

Existem projetos piloto a aplicar a Justiça Restaurativa no Brasil, a exemplo do que ocorre em Porto Alegre/RS, São Caetano do Sul/SP e Brasília/DF, que tratam de atos infracionais cometidos por adolescentes.

Portanto, o estudo buscou demonstrar a necessidade de se alcançar o direito fundamental do acesso à justiça através de uma ótica garantista e em consonância com a dignidade da pessoa humana a fim de permitir a implementação de mecanismos alternativos de solução de conflitos em matéria penal.

De mais a mais, deve-se estimular uma nova formação jurídica dos operadores do direito, voltada para a cultura da desjudicialização.

As ideias são simples, porém se, implantadas com seriedade, podem representar um grande passo para a democratização da justiça, para o oferecimento eficaz da tutela jurisdicional para aqueles que realmente dela necessitam.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa**: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, João Alberto de. Desjudicialização: a relação entre a arbitragem e os serviços notariais e registrais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. N. 59. Jul.- dez. 2011.

ANDRADE. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARATTA. Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBOSA, Ruy Pereira. **Assistência jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora CD, 2002.

BENETI, Sidney Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, n. 9, 2002.

BERG, Ernesto Artur. **Administração de conflitos**: abordagens práticas para o dia a dia. Curitiba: Juruá, 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 11 ed. atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Ministério da Justiça. **Manual de mediação judicial**. 3. ed. Ministério da Justiça, Brasil: 2012.

_____. Superior Tribunal Federal. **Ministra Ellen destaca métodos alternativos de solução de litígios**. Brasília, 2011. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178330>> Acesso em 15 jan. 2017.

BRUNO, Suzana. **Conciliação**: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba: Juruá, 2011.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação**: rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002.

CALMON FILHO, Petrônio. **Mecanismos para a obtenção da autocomposição civil e penal**. Tese. São Paulo, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. **A pirâmide da solução dos conflitos**: uma contribuição da sociedade civil para a reforma do Judiciário. Brasília. Senado Federal, 2008.

COELHO, Luiz F. **Saudade do futuro**: transmodernidade, direito, utopia. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORTEZ, Luís Francisco Aguillar. **Judiciário e democracia**: organização e funcionamento do Judiciário na Constituição Federal de 1988. Tese. São Paulo: abril de 2004.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça**: os direitos processuais fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010.

_____. **La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública.** Defensa pública: garantía de acceso a la justicia. Ministerio Público de la Defensa Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2008.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Negociação, conciliação e mediação:** estruturação da política judiciária nacional. In PELUSO, Antônio Cezar (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia:** o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, 2. ed. maio de 2001.

GOMES, Luiz Flávio, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio, BIANCHINI, Alice. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Criminologia** – Introdução a seus Fundamentos Teóricos. Em coautoria com Antonio García-Pablos de Molina, 2. ed, São Paulo, RT, 1997.

HÄRBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e de direito constitucional. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

HUDSON, Bárbara. Direitos Humanos e “Novo Constitucionalismo”: princípios de Justiça para sociedades divididas. In **Direito Humanos e Democracia.** Coord. CLEVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

JELLINEK. Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi.** Milão: Società Edtrice Libreria, 1912.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal.** 4.^a edição (revista e ampliada), tradução de José Luís Manzanares Samaniego, ed. Comares. Granada, 1993.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** Belo Horizonte: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barknow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema multiportas”> opções para tratamento de conflitos de forma adequada. **Negociação, mediação e arbitragem:** curso básico para programas de graduação em direito. In SALLES, Carlos Alberto (Coord.). Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A constitucionalização da solução pacífica de conflitos na ordem jurídica de 1988.** Tese. UFRN: Natal, 2012.

LUÑO, Antônio Henrique Perez. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Tecnos, 1995; MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível.** Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 3. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes. 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça.** São Paulo: RT, 2011.

_____. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

MERÇON-VARGAS, Sarah. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais.** Tese. São Paulo: 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998;

MIRANA, Ana Karine Pessoa; MOTA, Maria. **O ensino de mediação de conflitos na formação policial: avanços e fragilidades.** VIII Conferencia Internacional del Foro Mundial

de Mediacion: Timepo de mediación, liderazgo y acción para el cambio. Livro Digital. Valencia, España, Oct, 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MUSKAT, Malvina Ester *et al.* **Uma metodologia de trabalho em situação de conflito de gênero**. 2.ed. São Paulo: Summus Editorial, 2008.

PADILHA, Rosemary Damaso. **A mediação no cenário jurídico**. Palestra proferida no Conselho Regional de Psicologia-CRP. Curitiba, 1999. Disponível em <http://www.amanapaz.com.br>. Acesso em 15 jan. 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

ROSA, Alexandre Moraes da. **O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos neoliberais**: Eichmann e Big Brother. Crítica à execução penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, traduções de Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. 3a edição, Lisboa: Vega Universidade/Direito e Ciência Jurídica, 1988.

SALES, Lílían Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos Tribunais e a democratização da justiça. **Pela Mão de Alice, o social e o político na pós-modernidade**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. Col. Questões da nossa época. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Dignidade Humana, mínimo existencial e jurisdição constitucional. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcizo Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Orgs.). **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: Um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Unoesc, 2013.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.

SCHNEIDER, Gabriela. A (incessante) busca pela garantia da celeridade processual: possibilidades e desafios. **Revista de Direito Brasileira**. Ano 3. Vol. 4. Jan.-Abr. 2013.

SILVA, Fernanda Tartuce. **Mediação como meio de composição de conflitos civis**. Dissertação de Mestrado. São Paulo, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. In **Scientia Iuris**, Londrina, v. 15, nº 02, dez. 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Diálogos publicitários e neopentecostalismo jurídico**. Senso incomum- Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-10/http://www.conjur.com.br/2013-jan-24/senso-incomum-dialogos-publicitarios-neopentecostalismo-juridico>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Franqueamento da jurisdição**. Processo Eletrônico –parte II Senso incomum- Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-10/senso-incomumfrankeamento-jurisdicao-processo-eletronico-parte-ii>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A Intervenção Penal como Reflexo do Modelo de Estado. **A Busca por uma Intervenção Penal Legítima no Estado Democrático de Direito**. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2005.

TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Conferência de encerramento, 05/10/2006 [noite]**. In: MAGALHÃES, Juliana N. et. al. (orgs.). **Construindo Memória: Seminários Direito e Cinema**. Grupo de Pesquisa Direito e Cinema. FND – UFRJ. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

_____. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 496 p.

_____. **Introdução geral ao direito.** Vol. I. Interpretação da Lei. Temas para Reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. **Introdução geral ao direito.** Vol. III. O Direito não Estudado pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. **Mediação, negociação e arbitragem empresarial no Mercosul.** Disponível em <http://www.almed.com.br>. Acesso em 15 jan. 2017.

_____. **O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas.** In: WARAT, Luis Alberto. A epistemologia da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995.

_____. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas.** In: Sequência – Estudos Políticos e Jurídicos, V. 03 n. 05 (1982), pp. 48-57. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>. Acesso em 05 dez. 2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** In YARSHELL, Flávio Luiz (Coord.). São Paulo: DPJ, 2005.

_____. **Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** Revista de Processo, n. 195, maio de 2011.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à nova prevenção. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** nº 29. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a pena da legitimidade do sistema penal.** Tradução Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Sistemas Penales y Derechos en America Latina.** In: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. **Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça.** Faculdade de Direito de Franca. In Revista Eletrônica. Disponível em <http://www.direitofranca.br> Revista Eletrônica. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.